Geschichte

des

Römischen Rechts

bis auf Justinian.

Von

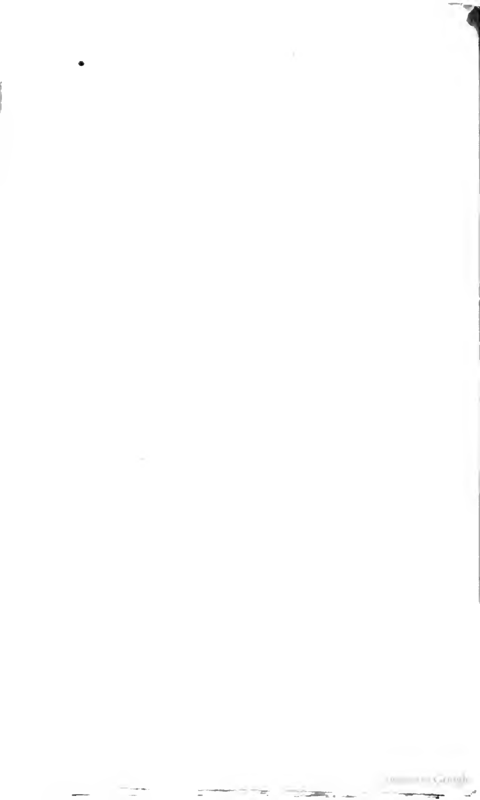
Ferdinand Walter.

Dritte
sehr vermehrte Auflage.

Zweiter Theil.

Rechtsquellen und Rechtswissenschaft. Privatrecht.
Procedur. Strafrecht.

Bonn,
bei Eduard Weber.
1861.



Tabellarische Uebersicht.

(Die Ziffern beziehen sich auf die Paragraphen.)

Zweites Buch.

Rechtsquellen und Rechtswissenschaft.

Viertes Buch.

Das gerichtliche Verfahren.

Fünftes Buch.

Vergehen und Strafen.

Verbesserungen.

Zum ersten Bande.

Seite 71 Zeile 6 v. u. statt 106 setze: 107
— 118 — 18 v. u. — gewählten — gewährten.
— 142 — 11 v. u. ist beizufügen: Geschichte des römischen Münzwesens (Berlin 1860) S. 333.
— 216 — 14 v. u. statt: Frontin. — Fronton.
— 220 — 1 v. u. — XXI — XXII
— 228 — 18 v. u. — jene — jener
— 236 — 8 v. o. — pontifices — pontifex
— 313 — 25 v. u. ist beizufügen: Derselbe Widerspruch wiederholt sich in dessen Geschichte des römischen Münzwesens S. 333.
— 328 — 4. v. u. statt: 94 setze: 91.
— 382 Note 104. ist beizufügen: Buch V. Kap. VII.
— 409 — 15 v. o. statt: typon aes setze: typon, aes
— 410 — 8 v. u. — 231 — 241
— 415 — 4 v. o. — herangewachones — herangewachsenes.
— 457 — 3 v. u. — Frontin — Fronto
— 527 — 25. setze hinzu: Die Meinung von Mommsen ist jedoch gebilligt von Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. §. 116. Note 1., Ritschl in der Vorrede zum Bonner Lectionscatalog Winter 1860.
— 547 — 12 v. u. statt: c. 9. setze: c. 10.

Zum zweiten Bande.

Seite 265. Note 12. ist beizufügen: Hingst Commentatio de bonorum possessione. Amstelodami 1858. Mir ist diese gründliche Schrift erst nach der Vollendung meines Buches bekannt geworden. Ein sicheres Licht über den Ursprung des Institutes ist aber auch dadurch nicht gewonnen.
— 461 Note 64. ist beizufügen: Schol. Bobiens. in Syll. 33. p. 368 Orell.

Zweites Buch.

Rechtsquellen und Rechtswissenschaft.

Erstes Kapitel.

Von den ältesten Rechtsquellen.

---

424. Die Grundgesetze der ältesten Verfassung und des bürgerlichen Rechts waren wie bei den Israeliten, mit dem geistlichen Rechte verbunden, in den heiligen Büchern verzeichnet[1]). In diesen standen auch die Gesetze und Anordnungen, welche die Ueberlieferung den ältesten Königen beilegte[2]). Daneben beruhte aber Vieles, besonders in der häuslichen Verfassung, auf ungeschriebenem Recht und auf Familiensitten, deren Ursprung sich in das Dunkel der italischen Vorzeit verliert[3]). Wo neue Gesetze nöthig schienen, wurden diese auf den Antrag des Königs und des Senats in den Comitien der Curien beschlossen[4]), auf eichenen Tafeln ausgehängt[5]), und auch in die Schriften der pontifices oder in die Commentarien der Könige eingetragen[6]). Aus diesen Quellen verfertigte der pontifex Papirius

1) Festus v. rituales, Cicero de re publ. II. 31., Dionys. X. 1.
2) So die Gesetze des Numa, Dionys. III. 36., Livius I. 32.
3) Dionys. II. 24. 27. 74.
4) So die fünfzig Gesetze des Servius, Dionys. IV. 13.
5) Dionys. III. 36. IV. 43.
6) Der Commentarien des Servius gedenkt Livius I. 60., Festus v. procum, pro censu.

im Anfang der Republik eine Sammlung der königlichen Gesetze[7]), welche noch zur Zeit des Julius Cäsar von Granius Flaccus commentirt wurde[8]). Dieser Commentar erhielt sich, und aus ihm sind unstreitig die Bruchstücke von königlichen Gesetzen, welche man bei den römischen Schriftstellern findet, gezogen[9]).

425. Dass die Vertreibung der Könige auch die Abschaffung ihrer Gesetze nach sich gezogen habe[10]), ist nicht glaublich; wohl aber lässt sich begreifen, dass bei dem erwachenden Gefühle der Freiheit die Plebejer den Patriciern gegenüber, in deren Händen ausschliesslich das Richteramt sich befand, den Mangel und die Unsicherheit der vorhandenen Rechtsverfassung lebhafter empfinden mussten[11]). Ihren immer dringender gewordenen Beschwerden sollten die Gesetze der Decemvirn Abhülfe gewähren[12]),

---

7) Fr. 2. §. 2. 36. D. de orig. iur. (1. 2), Dionys. III. 36. Auf diese Sammlung und die darin enthaltenen Gesetze des Numa deutet auch Cicero de re publ. II. 14. V. 2. Später machte man daraus gar eine lex Papiria, Servius ad Aen. XII. 836.

8) Fr. 144. D. de verb. sign. (50. 16). Ein Stück daraus steht bei Macrob. Saturn. III. 11. Von demselben Granius Flaccus wird ein Buch de Indigitamentis erwähnt, Censorin. de die natal. 3. Indigitamenta waren Pontificalbücher, welche das Verzeichniss der Gottheiten und die Erklärung ihrer Namen enthielten, Servius ad Georg. I. 21. Da nun auch in der Sammlung des Papirius nach den Zeugnissen des Dionysius, Servius und des Bruchstückes bei Macrobius Vieles über das geistliche Cäremonial vorkam, so hat man den Commentar des Flaccus und sein Buch de indigitamentis für dasselbe Werk gehalten, was aber keinen hinreichenden Grund hat.

9) Diese Bruchstücke sind öfters gesammelt worden. Die beste Arbeit darüber ist von Dirksen in seinen Versuchen zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts, Leipzig 1823.

10) So berichtet fr. 2. §. 3. D. de orig. iur. (1. 2). Danach soll dieses durch eine lex tribunitia geschehen sein. Lange Röm. Alterth. I. 420. 421. versteht darunter die von L. Brutus als Tribun der Celeres (Kap. III. Note 36) rogirte lex curiata de imperio der Consuln. Doch ist dieses sehr zweifelhaft.

11) Ein ähnlicher Zustand war im Mittelalter vorhanden, und hat die Abfassung der Rechtsspiegel hervorgerufen.

12) Man sehe darüber §. 49.

welche in der Verfassung beide Stände einander gleich zu machen, und auch aus dem bürgerlichen und gottesdienstlichen Recht das, was diese gemeinschaftlich angieng, zu verzeichnen unternahmen. Die Nachricht, dass zuvor zur Herbeiholung und Vergleichung fremder Verfassungen und Rechte eine Gesandtschaft nach Athen uud zu anderen griechischen Freistaaten geschickt worden sei[13]), ist nicht wider den Geist des Alterthums; auch wird dabei der Mitwirkung des zu Rom im Exil lebenden Hermodorus aus Ephesus[14]) ehrenvoll gedacht[15]). Allein bei der weiteren Ausführung hielt die den nationalen Verhältnissen inwohnende Kraft die Gesetzgeber in Schranken, und zwang sie, selbst wenn sie es anders gewollt hätten, die eigenen überlieferten Zustände, nicht fremde Einrichtungen, zur Richtschnur bei ihrer Arbeit zu nehmen[16]). Dass die römischen Schriftsteller später, wo überhaupt die griechische Bildung herrschend geworden war, den griechischen, insbesondere den Solonischen Gesetzen einen grossen Einfluss auf die Gesetzgebung der Decemvirn beilegten[17]), Andere in falscher Bewunderung sich dabei ein künstliches in sich vollendetes Machwerk vorstellten[18]), kann uns, die wir diese

13) Dionys. X. 51. 52. 54. 55. 56., Livius III. 31. 32. 33., Gellius XX. 1., Tacit. ann. III. 27.

14) Es ist derselbe, wovon Cicero Tuscul. V. 36. spricht.

15) Strabo XIX. 1. §. 25. p. 642 Casaub., Plinius hist. nat. XXXIV. 11 (5)., fr. 2. §. 4. D. de orig. iur. (1. 2).

16) Dieses ist weitläufig ausgeführt in Lolièvre Commentatio antiquaria de legum XII. tabularum patria. Lovanii 1827. 4. Einzelne leicht nachahmbare Bestimmungen, dergleichen im Polizei- und Strafrecht überall vorkommen, können dabei immerhin aus dem griechischen Recht aufgenommen worden sein, Cicero de legib. II. 23. 25., Dionys. X. 57., fr. 13. D. fin. regund. (10. 1), fr. 4. D. de colleg. (47. 22). Dass aber die Gesetze der zwölf Tafeln von dem griechischen Recht sehr verschieden waren, bezeugt ausdrücklich Dionys. X. 44.

17) Plinius epist. VIII. 24., Aurel. Victor de vir. illustr. 21., Amm. Marc. XXII. 16., Augustin. de civit. dei II. 16., §. 10. J. de iure natur. (1. 2), Isidor. orig. V. 1.

18) Cicero de orat. I. 44 (42), Tacit. ann. III. 27.

Verhältnisse in ihrem wahren Lichte zu betrachten im Stande sind, nicht mehr irre führen. Die neuen Gesetze wurden (303) auf zehn Tafeln in gewöhnlicher Weise öffentlich ausgestellt [19]), und im folgenden Jahre noch durch zwei Tafeln ergänzt [20]). Nach der Verwüstung Roms durch die Gallier wurden sie wieder zusammen gesucht [21]), und blieben die Grundlage des bürgerlichen Rechts bis in die späten Zeiten [22]). Noch im siebenten Jahrhundert liess man sie von den Knaben in den Schulen auswendig lernen [23]), und auch nachdem ihre Sprache und Sinn dem gemeinen Verständniss entschwunden war [24]), wurden sie durch die Commentarien der Juristen im Andenken erhalten [25]). Dennoch sind von ihnen nur wenige Bruchstücke auf uns gekommen [26]).

426. Die neue Gesetzgebung half aber dem Uebel nur zur Hälfte ab. Ein Theil des Rechts war zwar dadurch fest und offenkundig geworden; allein Alles was das geistliche Recht berührte, selbst die wichtige Kenntniss der dies fasti und nefasti, der Gebrauch der mancherlei Formeln und Rechtshandlungen, worauf das Verfahren vor Gericht beruhte und deren buchstäbliche Beobachtung unerlässlich war [27]), kurz die ganze damalige Jurisprudenz, wie sie in den Händen der Patricier entstanden und traditionell

19) Dionys. X. 57., Livius III. 34. 57., fr. 2. §. 4. D. de orig. iur. (1. 2).

20) Dionys. X. 60., Livius III. 34. 37.

21) Livius VI. 1.

22) Livius III. 34., Diodor. XII. 26.

23) Cicero de legib. II. 4. 23.

24) Gellius XVI. 10. XX. 1.

25) Solche alte Ausleger waren die beiden Aelier und Atilius, Cicero de legib. II. 23., fr. 2. §. 38. D. de orig. iur. (1. 2). Später kam Labeo, Gellius I. 12. VII. 15. XX. 1.. endlich Gajus, aus dessen sechs Büchern zwanzig Stellen in den Digesten erhalten sind.

26) Was damit von den Neueren geleistet worden ist, findet man in Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. Leipzig 1824. Man sehe jedoch darüber Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 94.

27) Gaius IV. 11. 30.

geworden, blieb den Plebejern verschlossen. Die Patricier bemächtigten sich daher auch des Stoffes der neuen Gesetze, versahen sie mit ihren Auslegungen[28]), und verfassten dazu neue entsprechende Klagformeln[29]). Die Handhabung dieser Wissenschaft stand insbesondere dem Collegium der pontifices zu, welches jährlich Einen aus seiner Mitte erwählte, der in zweifelhaften Fällen Auskunft gab[30]). So lag also noch immer ein grosser Theil des bürgerlichen Rechts unter den Geheimnissen des Pontificalrechts verborgen[31]).

Zweites Kapitel.

Von den Fortschritten des römischen Rechts.

---

427. Jener Zustand dauerte etwa noch hundert Jahre, bis dass die fortgeschrittene politische Bildung die Geheimnisskrämerei nicht mehr ertrug. Appius Claudius stellte daher um die Mitte des fünften Jahrhunderts die verschiedenen Klagformulare in einem Klagspiegel zusammen[1]), über-

28) Fr. 2. §. 5. D. de orig. iur. (1. 2). Diese Bearbeitung ist der Schöffenglosse zu den Rechtsspiegeln des Mittelalters zu vergleichen.

29) Fr. 2. §. 6. D. de orig. iur. (1. 2), Gaius IV. 11. Diese drei Bestandtheile, nämlich der Text der zwölf Tafeln, die Interpretation und die entsprechende legis actio waren in den tripertita des S. Aelius zusammengestellt, fr. 2. §. 38. D. de orig. iur. (1. 2). Es ist nicht richtig, wenn Leist Geschichte der Röm. Rechtssysteme S. 10. den ersten und zweiten Bestandtheil als Gesetzes- und Gewohnheitsrecht unterscheidet. Es ist der Unterschied von Gesetz und Jurisprudenz, was etwas Anderes ist.

30) Fr. 2. §. 6. D. de orig. iur. (1. 2).

31) Livius IX. 46., Valer. Max. II. 5, 2., fr. 2. §. 35. D. de orig. iur. (1. 2). Gute Bemerkungen giebt dazu Jhering Geist des röm. Rechts II. 415—433.

1) Diese Arbeit entspricht durchaus dem Richtsteig zum Sachsenspiegel.

gab diesen seinem Schreiber Cn. Flavius zur Veröffentlichung[2]), und veranlasste eben denselben durch sorgfältiges Aufzeichnen und Berechnen auch das Verzeichniss der dies fasti und nefasti zu ermitteln und auf dem Forum auszuhängen[3]). Gegen das Ende desselben Jahrhunderts setzte Tiberius Coruncanius, seit 502 der erste plebejische pontifex maximus, für seine Consultationen bestimmte öffentliche Stunden fest, und machte es dadurch Jedem, dem daran gelegen war, möglich, die Rechtspraxis auch durch die Anschauung zu erlernen[4]). Um die Mitte des sechsten Jahrhunderts verfertigte Sextus Aelius[5]) das Ius Aelianum, einen vermehrten Klagspiegel[6]), und die tripertita, die erste Anleitung sur Rechtserlernung, worin der Text der zwölf Tafeln, die Interpretation, und die entsprechenden Klagformeln, wie es scheint nach den einzelnen Gesetzesstellen geordnet, zusammengestellt waren[7]). So wurde die Rechtskunde immer mehr populär, und zu einer selbstständigen, vom Pontificalrechte getrennten Disciplin[8]).

428. Nachdem so das bürgerliche Recht sich seiner äusseren Fesseln entledigt hatte, schritt auch dessen innere

---

2) Fr. 2. §. 7. 36. D. de orig. Iur. (1. 2). Hier wird zwar erzählt, Flavius habe den Klagspiegel dem Appius entwendet. Allein vergleicht man das, was man sonst noch vom Appius Claudius weiss, und insbesondere die gleich folgende Stelle des Plinius, so erscheint die Sache in einem anderen Licht. Unbestimmt äussern sich Cicero de orat. I. 41 (43)., ad Attic. VI. 1., Livius IX. 46., Valer. Max. II. 5, 2.

3) Plinius hist. nat. XXXIII. 6 (1)., Cicero pro Murena 11 (12)., Macrob. Saturn. I. 15.

4) Fr. 2. §. 35. 38. D. de orig. Iur. (1. 2), Cicero de orat. III. 33.

5) Von ihm spricht Livius XXXI. 50. XXXII. 7. XXXV. 9.

6) Fr. 2. §. 7. D. de orig. Iur. (1. 2).

7) Fr. 2. §. 38. D. de orig. Iur. (1. 2). Davon handeln: Huschke Pomponius über die Aelier (Savigny Zeitschr. XV. 177–182), Sanio Zur Geschichte der Röm. Rechtswissenschaft S. 26—28. Ich halte meine frühere Meinung, dass das Ius Aelianum und die tripertita dasselbe Werk waren, wie auch noch Leist und Rein annehmen, durch Huschke widerlegt. Sanio will jedoch dessen Gründe nicht gelten lassen.

8) Cicero de legib. II. 19. 20. 21., de orat. III. 33.

Enwicklung rascher fort. Schon früh waren die Römer mit anderen italischen und ausseritalischen Völkern in Berührung gekommen, und es geschah immer häufiger, dass Fremde in Rechtshändeln vor den römischen Gerichten auftraten. Die Rechtsnormen, wonach in solchen Fällen entschieden wurde, waren jedoch ganz positiv, bald das bürgerliche Recht der Römer, bald das heimathliche Recht des Peregrinen, oder die zu diesem Zweck erlassenen Edicte der Prätoren [9]). Allein durch die in der Gesetzgebung und Praxis sich wiederholende Vergleichung verschiedener nationalen Rechte wurden die Ansichten freier, und es erwachte sowohl der Trieb wie die Fähigkeit, in dem römischen Recht das besondere auf den positiven Gesetzen und Gewohnheiten beruhende Element von dem natürlichen allen Völkern gemeinsamen zu unterscheiden [10]). Die Summe dieser theils durch blosse historische Beobachtung [11]), theils durch Abstraction aus dem Wesen der menschlichen Natur [12]) abgeleiteten Rechtswahrheiten nannte man das natürliche [13]) oder allgemeine Menschenrecht [14]). Dieses erhielt

9) Man sehe §. 115.

10) Gaius I. 1. 55. Davon handeln Dirksen über die Eigenthümlichkeit des Ius gentium (Vermischte Schriften I. 200), Savigny System I. §. 22. und Beilage I., und das im Kap. X. Note 1. genannte Werk von Voigt. Man vergleiche dazu auch die Bemerkung im Kap. XIV. Note 157.

11) Daran halten sich fr. 4. 5. D. de iustit. (1. 1), §. 1. 2. J. de iure natur. (1. 2). Auch in der Philosophie nahm man denselben Massstab, Cicero Tuscul. I. 13. Freilich kannte es dann Rechtssätze geben, die zwar den übereinstimmenden Gebrauch der Völker des Alterthums für sich hatten, dennoch aber dem natürlichen Rechte zuwider waren, fr. 4. D. de iustit. (1. 1).

12) In diesem Sinne reden Cicero de invent. II. 53., Gaius I. 1., fr. 2. 3. D. de instit. (1. 1).

13) Naturale ius, Cicero de offic. III. 5., pro Sextio 42., orat. partit. 37., fr. 6. 11. D. de iustit. (1. 1). Zuweilen wird aber das ius naturale vom ius gentium unterschieden, und bezeichnet das, was man Instinct und Naturgesetz nennt, fr. 1. §. 3. 4. D. de iustit. (1. 1).

14) Der Ausdruck ius gentium in diesem Sinne war schon zu Ciceros Zeit alt, Cicero de offic. III. 17., orat. partit. 37.

in dem Verhältniss, als der römische Staat an Umfang und innerer Bildung zunahm, auf das eigene nationale Recht immer mehr Einfluss, und ein grosser Theil der Vollkommenheit des römischen Rechts beruht eben in der feinen Manier, wie die Gesetzgebung und Jurisprudenz das allgemein menschliche und das bürgerliche Recht mit einander in Verbindung zu bringen verstanden.

429. Diese Annäherung wurde noch durch eine besondere Einrichtung erleichtert. Es war nämlich einer jeden Magistratur ihr Zweck und Geschäftskreis durch Gesetz und Herkommen zwar im Allgemeinen vorgezeichnet; allein bei der Anwendung auf das Einzelne blieb mit einer grossen Freiheit Vieles dem individuellen Ermessen überlassen. Hieraus entstand der Gebrauch, dass die Magistrate beim Antritt oder während ihres Amtes die Grundsätze, wonach sie in bestimmten Fällen verfahren würden, in der Form eines allgemeinen Edicts den Bürgern zur Nachachtung bekannt machten[15]). In diesen Edicten war also grösstentheils das eben gangbare Verwaltungsrecht enthalten[16]). Die Prätoren, deren Amt hauptsächlich auf die Jurisdiction gieng, richteten natürlich ihre Edicte besonders auf das bürgerliche Recht[17]). Sie stellten vielerlei nach der Eigenthümlichkeit der bürgerlichen Geschäfte und Verhältnisse ab-

15) Gaius I. 6. Edict im Allgemeinen hiess jede von einer Obrigkeit an Andere erlassene Weisung, auch diejenige, welche eine blos vorübergehende Verfügung enthielt, zum Beispiel einen Consularbeschluss, Cicero in Pison. 8., einen militärischen Tagsbefehl, Livius XXVIII. 25., die Ansetzung einer Volksversammlung, Gellius XIII. 15. Daher die Unterscheidung von Edicten, die iurisdictionis perpetuae causa, non prout res indicit, erlassen wurden, fr. 7. pr. D. de iurisd. (2. 1).

16) Besonders wichtig waren in dieser Hinsicht manche Edicte der Censoren, Livius XXXIX. 44., Plinius hist. nat. XIV. 16 (14). XXXVI. 2 (1). Cornel. Nepos in Caton. 2., Gellius XV. 11. Ein Edict der Tribunen, welches unstreitig mit der tribunicischen Intercession zusammenhieng, erwähnt Cicero in Verr. II. 41.

17) Cicero de finib. II. 22., fr. 2. §. 10. D. de orig. iur. (1. 2). Sehr lehrreich für das Verfahren der Prätoren dabei ist die Beleuchtung, die Cicero über die Prätur des Verres anstellt, in Verr. II. 1. 41—48.

gemessene Klagformeln auf[18]); sie erklärten, wie sie unter gewissen Umständen bei einer Klage hülfreiche Hand gewähren oder nicht gewähren würden[19]), und halfen überhaupt den Rechtsbedürfnissen durch Stipulationen[20]), Besitzertheilungen[21]), Exceptionen[22]), Restitutionen[23]) und Interdicte[24]) auf mannichfaltige Weise ab. Dabei verfuhren sie aber nirgends willkührlich, sondern stets mit genauer Rücksicht auf die gangbaren Ansichten und Anforderungen ihrer Zeit und auf das danach schon in der Bildung begriffene Gewohnheitsrecht. Wo ihnen alte Gesetze entgegenstanden, halfen sie sich durch Fictionen, wodurch sie dieselben auf andere darunter nicht buchstäblich begriffene Fälle übertrugen[25]), oder wohl auch ganz umgiengen[26]). Solche Edicte waren freilich zunächst nur für das Jahr der Amtsführung aufgestellt und verbindlich[27]). Da aber der Nachfolger das, was sich durch die Erfahrung bewährt hatte, regelmässig wieder in sein Edict aufnahm[28]) und nur so weit es nöthig war durch neue Clauseln abänderte oder ergänzte: so wurde ein grosser Theil von dessen Inhalt stehend und traditionell[29]). Um auch zu verhindern, dass

18) Cicero pro Rosc. Com. 8., Gaius IV. 46. 47.

19) Fr. 7. §. 7. D. de pact. (2. 14), fr. 3. pr. D. de negot. gest. (3. 5), fr. 1. pr. D. quod met. caus. (4. 2), fr. 1. §. 1. D. de dolo (4. 3), fr. 1. §. 1. D. de publio. (6. 2).

20) Gaius IV. 31., fr. 7. pr. D. de damno infecto (39. 2), fr. 1. D. de stipulat. praetor. (46. 5).

21) Gaius III. 21–38. 41.

22) Gaius IV. 118.

23) Fr. 1. §. 1. D. de minor. (4. 4), fr. 1. §. 1. D. de maior. (4. 6).

24) Gaius IV. 139–41.

25) Gaius IV. 32–38.

26) Fr. 2. §. 1. D. de capit. minut. (4. 5).

27) Daher nannten die Römer das Edict eine lex annua, Cicero in Verr. II. 1,42.

28) Ein Beispiel eines solchen edictum tralatitium giebt Cicero in Verr. II. 1,44. Auch in den eigentlichen Gesetzen gab es manche stehende Formeln, Cicero ad Attic. III. 23.

29) Dieses war schon zu Ciceros Zeit der Fall, de invent. II. 22. Besonders wichtige Edicte und Formeln behielten einen Beinamen von

die Prätoren ihre Edicte nicht missbräuchlich einzeln nach Gunst und Gelegenheit erliessen, verordnete das Cornelische Gesetz (689), dass Jeder die Grundsätze, wonach er Recht sprechen würde, gleich anfangs ediciren und davon weiter nicht abgehen sollte[30]. Auf diese Art bildete sich in dem Edict eine höchst reichhaltige, von der Erfahrung beherrschte und wegen der leichten Beweglichkeit ihrer Form immer mit der fortschreitenden Bildung gleichen Schritt haltende Rechtsquelle, welche unter dem Namen des prätorischen Rechts dem Civilrecht überall zur Nachhülfe an der Seite stand[31]) und gleichsam dessen lebendiger Dollmetscher war[32]). Es lag daher in der Natur der Sache, dass dadurch die zwölf Tafeln allmählich in den Hintergrund gedrängt wurden, und dass die Meisten, wie schon Cicero von seiner Zeit sagt, um das geltende Recht kennen zu lernen, sich zunächst an das Edict hielten[33]). In der Art wie das städtische Edict entstand übrigens auch ein Edict des für die Peregrinen eingesetzten Prätors[34]), so wie der curulischen Aedilen[35]). Für die Rechtsbedürf-

---

dem Prätor, der sie zuerst aufgestellt hatte, zum Beispiel formula Aquiliana, Octaviana; actio Publiciana, Pauliana, Calvisiana, Rutiliana, Serviana; Carbonianum edictum; Cascellianum iudicium; Salvianum interdictum. Auf diese Namen beschränkt sich grösstentheils das, was man von der inneren Geschichte des Edicts weiss.

30) Ascon. in argum. Cornel. p. 58 Orell., Dio Cass. XXXVI. 23. Bei dieser Gelegenheit kommt zuerst der Ausdruck edictum perpetuum vor. Dieser kann so viel heissen als edictum annuum im Gegensatz der blos vorübergehend für einzelne Fälle erlassenen Edicte, fr. 7. pr. D. de iurisd. (2. 1). Oder er bezieht sich darauf, dass nun schon das Meiste darin stehend war, so wie man auch in anderen Edicten die stehenden Clauseln eine forma perpetua nannte, Gellius XIII. 15. Oder er deutet auf das, was eben durch das Cornelische Gesetz bewirkt wurde, dass die Prätoren während des Jahres nichts mehr an dem bekannt gemachten Edicte ändern durften.

31) Fr. 7. D. de iustit. (1. 1).

32) Fr. 8. D. de iustit. (1. 1).

33) Cicero de legib. I. 5.

34) L. Rubria de Gallia Cisalpina col. I. lin. 30 (Haubold monum. p. 148), Gaius I. 6., Theophil. I. 2. 7.

35) Cicero de offic. III. 17., Gaius I. 6., Gellius IV. 2., tit. D.

nisse der Provinzen aber sorgten die Statthalter, welche mit denselben Befugnissen wie die Prätoren[36]) ein Edict gewöhnlich schon im Voraus in Rom unter Zuziehung erfahrener Rathgeber entwarfen[37]) und in der Provinz für die Zeit ihrer Amtsführung bekannt machten. Solche Edicte umfassten sowohl das Verwaltungs- wie das Privatrecht[38]); Vieles darin wurde auch bald durch Wiederholung stehend[39]), oder selbst aus dem städtischen Edict herübergenommen[40]); zuweilen erklärte der Statthalter gradezu, dass er sich in den nicht besonders vorgesehenen Fällen nach den Edicten der Stadt richten würde[41]). Eben so hielten sich die Quästoren in den Provinzen bei der ihnen zustehenden Jurisdiction an das Edict der curulischen Aedilen[42]).

430. Uebrigens griff auch, wo neue allgemeine Bestimmungen Bedürfniss schienen, die Gesetzgebung in das bürgerliche Recht ein. Dieses geschah nach dem Verfall der Curiatcomitien theils durch Beschlüsse der Centuriatcomitien, theils durch Plebiscite[43]). Der Unterschied lag jedoch nur noch in der Form der Entstehung; der Geltung nach stand sich Beides seit dem Hortensischen Gesetze gleich[44]). Der Stil der Abfassung war alterthümlich kräftig, gemessen[45]) und vorsichtig, namentlich in Beziehung auf das,

---

de aedilitio edicto (21. 1). Warum dieses Edict blos unter dem Namen der curulischen, nicht auch der plebejischen Aedilen aufgestellt wurde, ist noch nicht hinreichend erklärt.

36) Gaius I. 6.

37) Cicero ad famil. III. 8.

38) Cicero ad Attic. VI. 1.

39) Cicero ad famil. III. 8., ad Attic. V. 21.

40) Cicero in Verr. II. 1, 46. 3, 65.

41) Cicero ad Attic. VI. 1.

42) Gaius I. 6. Man sehe §. 236.

43) Man sehe §. 118. 124.

44) Gaius I. 3., fr. 2. §. 8. D. de orig. iur. (1. 2). Daher wurde ein Plebiscit eben so gut wie ein Centuriatbeschluss eine lex genannt, Gellius X. 20.

45) Dieses rühmt schon an den zwölf Tafeln Cicero de republ. IV. 8., Diodor. XII. 26.

worin durch das neue Gesetz den älteren derogirt[46]) oder nicht derogirt werden sollte[47]). Nicht selten waren die Gesetze in Kapitel eingetheilt; den Schluss bildete die Sanction, worin die Strafen der Nichtbeachtung festgesetzt waren[48]). Benannt wurden sie gewöhnlich nach den Gentilnamen des oder der Magistrate, welche sie rogirt hatten. Für die bürgerlichen Rechtsfragen endlich, welche das Verwaltungsrecht berührten, die Aufrechthaltung des Religionswesens, die Suspension oder Beseitigung von Gesetzen eines dringenden öffentlichen Wohles wegen[49]), die Rechte des Aerariums und der Publicanen, die Behandlung der Italiker und Provinzialen[50]), waren die Senatsbeschlüsse eine wichtige Rechtsquelle[51]). Von den vielen Gesetzen und Senatusconsulten jener Zeit sind jedoch nur sehr wenige auf uns gekommen[52]).

---

46) Dahin gehört die stehende Clausel de impunitate si quid contra alias leges, eius legis ergo, factum sit, Cicero ad Attic. III. 23., Fragment. plebisciti antiqui de inferiis lin. 7—11 (Haubold monum. p. 83., 84).

47) Daher die häufige Formel: eius hae lege nihil rogatur (E. H. L. N. R.), Lex tabul. Heracl. lin. 52. 65. 67. 76. 79. 81. 82 (Haubold p. 111. 114. 117. 118), Lex Rubria de Gallia cisalp. col. II. lin. 20 (Haubold p. 153), Lex Quinctia de aquaeduct. (Haubold p. 176). Auch gehört dahin die stehende Clausel: Si quid sacri sanctique est, quod non ius sit rogari, eius hoc lege nihil rogatur, Valer. Prob. in not. S. Q. S. S. E. Q. N. I. S. R. E. H. L. N. R., Cicero pro Caecina 33., pro Balbo 14., ad Attic. III. 23.

48) Cicero pro Balbo c. 14. Ein Beispiel giebt das plebiscitum antiquum de inferiis (Haubold p. 83).

49) Cicero fragm. orat. l. pro Cornelio.

50) Livius XXVI. 34. XXXIX. 3. XLI. 9.

51) Cicero Topic. 5. Mehr lässt sich nach der alten Verfassung nicht behaupten. Von der dawider angeführten Stelle des Theophilus war schon oben die Rede (Buch I. Kap. XV. Note 17).

52) Man findet diese mit den dazu gehörenden literärischen Notizen in der von Spangenberg herausgegebenen Sammlung des Haubold (§. 4). Verzeichnisse geben auch Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 81. 83., Rein Privatrecht S. 12—14.

Drittes Kapitel.

Die Zeiten der entwickelten Jurisprudenz.

431. Das bürgerliche Recht war zwar durch die Gesetze, Edicte und Klagspiegel deutlich und allgemein zugänglich gemacht; allein die Anwendung dieser verschiedenen Quellen erforderte doch eine gewisse Vorbereitung und Uebung, welche sich nicht Jeder aneignen konnte. Es bildete sich daher eine besondere Classe von Geschäftsmännern, die in ähnlicher Weise wie ehemals die Patricier und pontifices, denen die sie brauchten, mit Rath und That an die Hand giengen. Sie ertheilten Gutachten über vorgelegte Rechtsfragen, fassten Rechtsgeschäfte und Klagformeln ab, und machten auf die nöthigen Clauseln und Rechtsverwahrungen aufmerksam[1]). Solche Consultationen geschahen theils bei ihnen zu Hause in den dazu festgesetzten Stunden, theils öffentlich auf dem Forum[2]). Die Rechtsansichten, welche sie auf diese Art in ihren Gutachten, Schriften und Verhandlungen vor Gericht[3]) entwickelten, wurden von selbst, als die Meinungen der Männer vom Fach, zu einer festen Autorität, und dann eben so gut, wie das durch eigentliche Gesetzgebung Festgestellte zum Civilrecht gerechnet[4]). Unter Augustus erhielten die Juristen

1) Respondebant, scribebant, cavebant, Cicero pro Murena 9., de orat. I. 48.

2) Cicero de orat. I. 45. III. 33., de legib. I. 3. Dem Scipio Nasica wurde vom Staate ein Haus in der via sacra angewiesen, damit er leichter consultirt werden konnte, fr. 2. §. 37. D. de orig. iur. (1. 2).

3) Auf diese, nicht auf eine besondere künstliche Einrichtung, bezieht sich unstreitig die disputatio fori in der übrigens wohl verdorbenen Stelle des Pomponius, fr. 2. §. 5. D. de orig. iur. (1. 2).

4) Cicero Topic. 5., fr. 7. pr. D. de iustit. (1. 1), fr. 2. §. 5. 12. D. de orig. iur. (1. 2). Auf gleiche Weise wie im Civilrecht durch die auctoritas prudentium ist im Pontificalrecht Vieles durch die auctoritas pontificum constituirt und geändert worden, Cicero de legib. II. 19. 20.

im Staate ein noch mehr formelles Ansehen, indem dieser verordnete, dass sie als in seinem Namen und Auftrag respondiren sollten. Auch sollten die Responsen um Verfälschungen vorzubeugen immer schriftlich und versiegelt abgegeben werden[5]). Von da an wurde es üblich das Recht zu respondiren vom Kaiser nachzusuchen[6]), und die vom princeps bestallten Juristen wurden allein als diejenigen angesehen, deren Sentenzen und Meinungen zur Begründung einer Rechtsansicht angeführt werden konnten[7]). Ergab sich aus diesen Anführungen eine völlige Uebereinstimmung, so war der Richter daran wie an ein Gesetz gebunden; im entgegengesetzten Falle konnte er nach seinem Gutdünken eine Meinung wählen[8]). Dieses zum Theil schon in der Natur der Sache liegende Verhältniss wurde noch durch ein Rescript Hadrians bekräftigt[9]). Von jener Bestallung der Juristen durch den Kaiser kommen noch unter Constantin Beweise vor[10]).

---

5) Fr. 2. §. 47. D. de orig. iur. (1. 2). Die Erzählung in dieser Stelle lautet zwar etwas verworren; allein es ist doch augenscheinlich, dass die Ausdrücke publice scribere und signata responsa dare sich entsprechen.

6) Fr. 2. §. 47. D. de orig. iur. (1. 2), §. 8. J. de iure natur. (1. 2).

7) So ist der Ausdruck, quibus permissum est iura condere, zu verstehen, Gaius I. 7.

8) Es war unstreitig den Partheien selbst überlassen, aus den Responsen und Schriften der Juristen vor Gericht jene Uebereinstimmung oder Verschiedenheit darzuthun. Von einer besonderen künstlichen Einrichtung, etwa dass die Juristen in einem Collegium versammelt und befragt worden wären, ist keine Spur vorhanden.

9) Gaius I. 7., §. 8. J. de iure natur. (1. 2), Theophil. I. 2, 8. Auf die Autorität der Responsen vor Gericht deutet auch Seneca epist. 94. Eine von der obigen Darstellung abweichende Ansicht hat übrigens Savigny System I. §. 26. Er bezieht die verbindliche Kraft, welche die Uebereinstimmung der autorisirten Juristen für den Richter haben sollte, blos auf die für den einzelnen Fall gegebenen Gutachten, nicht auch auf andere Schriften. Allein man sehe dagegen Puchta Institutionen I. §. 116. 117., Husohke Alter der Collatio (Savigny Zeitschr. XIII. 10. 11).

10) Eunapius in vita Chrysanth.

432. Die Jurisprudenz blieb aber nicht auf die Anleitung zu jenen Verrichtungen beschränkt, sondern nahm bald auch das öffentliche Recht in sich auf[11]). Sie wurde nun eine zur Bildung des Staatsmannes und Redners höchst wichtige Wissenschaft[12]), welche wie die Kriegskunst und Beredsamkeit den Weg zu den höchsten Magistraturen eröffnete[13]). Unter den Kaisern verlor zwar die Beredsamkeit mit der Freiheit ihren Ruhm; allein die Jurisprudenz behauptete ihr altes Ansehen und wurde bei der zunehmenden Künstlichkeit und Verwicklung der Verhältnisse zur Staatsverwaltung ganz unentbehrlich. Die angesehenen Juristen jener Zeit wurden daher häufig in das consilium des Kaisers aufgenommen[14]), und mehrere sogar als Präfecten des Prätoriums an die Spitze der Reichsverwaltung gestellt[15]).

433. Mit dem äusseren Glanze der Rechtsgelehrtheit und dem Geschmack der Zeit schritt auch der Juristenstand an freier allgemeiner Bildung fort. Der förmliche Charakter des alten römischen Rechts erzeugte zwar leicht bei denen, die sich blos der bürgerlichen Praxis ergaben, eine gewisse Steifheit und Umständlichkeit, die ihrer Beschäftigung einen schwerfälligen handwerksmässigen Anstrich verlieh[16]). Bei den Gebildeten verfeinerte sich dieser aber zu

11) Schon im sechsten Jahrhundert schrieben Cincius de consulum potestate und de comitiis, Festus v. praetor, patricios, und Fabius Pictor de iure pontificio, Macrob. Saturn. III. 2. Zu Ciceros Zeit wird Tubero als iuris publici et privati doctissimus erwähnt und hatte auch über Beides geschrieben, fr. 2. §. 46. D. de orig. iur. (1. 2).

12) Cicero de orat. I. 37. 44., fr. 2. §. 43. D. de orig. iur. (1. 2).

13) Cicero Brut. 42., de offic. II. 19., de orat. I. 45. 55. III. 33, Dieses zeigt auch das Verzeichniss der Juristen bei Pomponius.

14) Man sehe §. 276.

15) So Papinian unter Severus, Dio Cass. LXXVI. 10. 14., Paullus und Ulpian unter Severus Alexander, Spartian Pescenn. Nig. 7., Lamprid. Alex. Sever. 26.

16) Cicero de orat. I. 55., de legib. I. 4. II. 19., pro Murena 11. 12. 13. Später gestand jedoch Cicero selbst, in der letzten Rede die Schattenseite zu sehr hervorgehoben und scherzweise übertrieben zu haben, de finib. IV. 27.

jener Gravität und antiken Haltung[17]), die durch Geschmack und Kenntnisse unterstützt den Juristenstand zu allen Zeiten eigenthümlich ziert, und zum würdigen Vorbild alterthümlicher Gesinnung und Sitte erhebt. Schon zur Zeit der Republik enthielt dieser Stand eine Reihe von Männern, die aus den edelsten Familien hervorgegangen, im praktischen Leben erfahren und geübt, häufig auch noch durch Beredsamkeit und hohe Magistraturen illustrirt, die Zierden des Staats und der Stolz ihrer Mitbürger waren[18]). Auch unter den Kaisern blieb derselbe bei dem Verfall des übrigen öffentlichen Lebens noch lange der Mittelpunkt, worin sich die edelsten Kräfte zusammendrängten, bis dass endlich auch er nach der Zeit des Severus Alexander der allgemeinen Erschlaffung erlag.

434. Dieses Steigen und Sinken der Jurisprudenz zeigt sich auch in der Geschichte ihrer schriftlichen Bearbeitung. Nach den alten Interpretationen und Klagspiegeln erhob sich diese seit dem sechsten Jahrhundert allmählig zu freieren Erläuterungen[19]), worin auch auf die vorgekommenen Rechtsfälle und Responsen Bezug genommen wurde[20]); und in der Mitte des siebenten Jahrhunderts verfasste Q.

---

17) Tubero bemühte sich selbst in der Schreibart antik zu bleiben, fr. 2. §. 46. D. de orig. iur. (1. 2).

18) Dieses beweisen die Elegien, welche bei Cicero und Pomponius über viele Juristen vorkommen.

19) So die commentarii iuris civilis des M. Porcius Cato, Festus v. mundus, fr. 2. §. 38. D. de orig. iur. (1. 2), die Schriften seines Sohnes, Gellius XIII. 19., die des C. Livius Mamilianus Drusus, Valer. Max. VIII. 7, 4., die Werke des Manilius, des Brutus, Cicero de orat. II. 55., pro Cluent. 51., und des P. Mucius Scävola, Cicero de orat. I. 56., Topic. 4. 8., fr. 2. §. 39. D. de orig. iur. (1. 2). Von Cato, Manilius, Brutus, P. Mucius handelt Sanio Zur Geschichte der Röm. Rechtswissensch. S. 28—36.

20) Dieses bezeugt von den Schriften des Cato und Brutus Cicero de orat. II. 33. — Mommsen Röm. Gesch. IV. 13. S. 459. sagt, dass Catos Buch wie es scheine den Titel de iuris disciplina, das des Brutus den de iure civili geführt, und dass es wesentlich Gutachtensammlungen gewesen wären. Allein dieses folgt aus den angeführten Stellen durchaus nicht.

Mucius Scävola die erste mehr umfassende Zusammenstellung des Civilrechts in achtzehn Büchern [21]), welches Werk darum in der juristischen Literatur einen bleibenden Eindruck zurückliess [22]). An gelehrter Bildung und kunstmässiger Behandlung des Rechts wurde er jedoch von Servius Sulpicius, dem Zeitgenossen Ciceros, übertroffen [23]), der ausser vielen anderen Werken zuerst auch einen wiewohl nur kurzen Commentar zum prätorischen Edict verfertigte [24]). Einer seiner Schüler, Alfenus Varus [25]), erwarb sich durch seine grossen Digesten in vierzig Büchern [26]), ein anderer, Aulus Ofilius, durch das erste ausführlichere Werk über das prätorische Edict [27]), einen dauernden Ruhm. Von da an entwickelte sich die juristische Literatur in den mannigfaltigsten Formen. In der systematischen Bearbeitung des Civilrechts erlangten die drei Bücher des Massurius

21) Fr. 2. §. 41. D. de orig. iur. (1. 2). Darauf bezieht sich auch Gellius VII. 15.

22) Schon Servius Sulpicius verfasste dazu dissentirende Bemerkungen, Gellius IV. 1., fr. 30. D. pro socio (17. 2), Gaius III. 149. Auch beziehen sich darauf die Bücher des Lälius Felix ad Q. Mucium, Gellius XV. 27., die neun und dreissig Bücher des Pomponius ad Q. Mucium, die in den Digesten vielfach excerpirt sind, und die libri des Gajus ex Q. Mucio, Gaius I. 188. — Von Q. Mucius Scävola handelt Sanio S. 39—51.

23) Cicero Philipp. IX. 5., Brut. 41., fr. 2. §. 42. 43. D. de orig. iur. (1. 2). Von diesem Juristen handeln: Rob. Schneider Quaestiones de Servio Sulpicio. Lips. 1834., Huschke in der Zeitschr. für Civilrecht und Process. Neue Folge XIV. 1—21., Sanio S. 54—84.

24) Fr. 2. §. 44. D. de orig. iur. (1. 2).

25) Fr. 2. §. 44. D. de orig. iur. (1. 2). Von ihm handelt Sanio S. 72—76.

26) Diese Zahl bezeugt der Florentinische Index. Eine Stelle aus dem vier und dreissigsten Buche citirt Gellius VI. 5. Noch Paullus verfasste aus diesen Digesten eine Epitome, und selbst in den Digesten Justinians sind sie in Excerpten aus dem zweiten bis siebenten Buche benutzt worden.

27) Fr. 2. §. 44. D. de orig. iur. (1. 2). Von ihm handeln: Sanio Abhandl. und Studien. Th. I. 1845. S. 76—97., Huschke Pomponius (Savigny Zeitschr. Th. XV. 1850. S. 186—202., Sanio Zur Gesch. der Röm. Rechtswissensch. 1858. S. 84—107.

Sabinus unter Tiberius ein solches Ansehn, dass nach deren Ordnung noch Pomponius im zweiten, Ulpian und Paullus im dritten Jahrhundert ihre grossen Commentarien verfertigten. In die Klasse dieser weitläufigen das ganze bürgerliche Recht umfassenden Werke gehören auch die Digesten des Iuventius Celsus und des Q. Cervidius Scävola. In gleicher Art wie Sabinus wurde das prätorische Edict die Grundlage grosser zusammenhängender Arbeiten; unter Anderen haben dazu Pomponius, Gajus, Ulpian und Paullus ausführliche Commentarien verfasst. Auch in den grossen Digesten des Julian und Marcellus war unstreitig die Ordnung des Edicts zum Grunde gelegt. Zu den übrigen Rechtsquellen erschienen ebenfalls besondere Commentarien, so zu den zwölf Tafeln von Labeo unter Augustus, und noch von Gajus am Ende des zweiten Jahrhunderts; zu dem ädilitischen Edict von Cölius Sabinus, Gajus, Ulpian und Paullus; zum Provinzialedict von Gajus. Selbst die wichtigeren in das bürgerliche Recht eingreifenden Gesetze[28]) und Senatusconsulte[29]) wurden früher oder später zum Gegenstand besonderer Abhandlungen gemacht. Im Fortschritt der Zeit wurden auch die Werke älterer berühmter Juristen selbst wie Quellen behandelt und mit Noten versehen[30]), commentirt[31]) und epitomirt[32]). Für die fortwäh-

28) So die lex Iulia et Papia Poppaea von Gajus, Terentius Clemens, Junius Mauricianus, Marcellus, Ulpian und Paullus; von den beiden Letzteren auch die lex Aelia Sentia, und von Paullus die lex Cincia, Falcidia und Fusia Caninia. Schon von Ofilius wird berichtet: de legibus vicesimae primus conscripsit, fr. 2. §. 44. D. de orig. iur. (1. 2). Allein Sanio hat die von Huschke im Wesentlichen gebilligte Emendation vorgeschlagen: de legibus XX (libros) primus conscripsit.

29) So das SC. Tertullianum und Orphitianum von Gajus und Paullus, das SC. Turpillianum von Paullus und Marcian, das SC. Silanianum, Velleianum, Libonianum, Claudianum von Paullus. Pomponius und Paullus schrieben auch de Senatusconsultis überhaupt.

30) So Q. Mucius von Servius Sulpicius und Gajus (Note 22), Masurius Sabinus von Aristo und Fufidius, Cassius von Javolenus, Plautius von Neratius, Javolenus, Pomponius und Paullus, Minucius Natalis von Julian, Julian von Mauricianus, Marcellus, Cervidius Scä-

rende Bereicherung der Jurisprudenz durch die Praxis sorgten vielerlei Sammlungen von Responsen[33]), juristischen Sendschreiben[34]), Quästionen[35]), aufgelösten Rechtsfällen[36]) und rechtlichen Bedenken[37]); auch der wichtigen im kaiserlichen Consistorium gesprochenen Urtheile[38]). Ferner erschienen zahlreiche Monographien über einzelne Rechtsmaterien[39]) und Sammlungen gemischter Aufsätze mancherlei Namens und Inhalts[40]). Endlich gab es auch kleine Lehrbücher, theils in der Form aphoristischer oder systematisch geordneter kurzer Rechtssätze[41]), theils in einer

vola und Paullus, Marcellus von Scävola und Ulpian, Scävola von Claudius Tryphoninus und Paullus, Papinian von Ulpian, Paullus und Aelius Marcian.

31) So Q. Mucius von Pomponius (Note 22), Massurius Sabinus, wie eben bemerkt, von Pomponius, Ulpian und Paullus.

32) So die Digesten von Alfenus Varus (Note 26) und des Labeo libri VIII. πιθανῶν von Paullus, des Labeo libri posteriorum von Javolenus. Dahin gehören auch des Hermogenian libri VI. epitomarum.

33) Solche gab es von Labeo, Sabinus, Neratius Priscus, Marcellus, Cervidius Scävola, Papinian, Ulpian und Paullus.

34) So von Labeo, Proculus, Celsus, Neratius Priscus, Javolenus und Pomponius.

35) Solche gab es von Fufidius, Celsus, Africanus, Cervidius Scävola, Papinian, Tertullian, Paullus, Callistratus.

36) So der liber singularis de casibus von Gajus, die enucleati casus von Modestinus.

37) So der liber singularis de ambiguitatibus von Julian, die libri disputationum von Tryphoninus und Ulpian.

38) Dahin gehören des Paullus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum sive decretorum libri VI., wovon dessen decretorum libri III. eine neuere Ueberarbeitung waren.

39) Am fruchtbarsten waren darin Gajus, Ulpian, Paullus und Modestinus.

40) Dahin gehören die libri πιθανῶν und posteriorum des Labeo, die coniectanea des Capito, die libri membranarum des Neratius Priscus, die variae lectiones des Pomponius, die libri rerum quotidianarum sive aureorum des Gajus, die libri differentiarum des Modestinus.

41) Dahin gehört der noch in den Digesten excerpirte liber singularis ὅρων des Q. Mucius Scävola, dann die libri regularum des Neratius Priscus, Pomponius, Gajus, Cervidius Scävola, Ulpian, Paullus, Licinius Rufinus und Modestinus, die libri definitionum des Papinian, die sententiarum libri V. des Paullus.

mehr entwickelnden Manier[42]). Von dieser reichen Literatur ist jedoch ausser den in die Digesten aufgenommenen Fragmenten nur wenig auf uns gekommen[43]).

435. Die Methode der Behandlung hatte bei den römischen Juristen eine gewisse Gleichförmigkeit. Zunächst von dem positiv Gegebenen ausgehend, wussten sie dasselbe mit demjenigen, was in jedem Rechte nicht positiv ist, sondern mehr aus dem Gefühl und Verstande fliesst, auf eine höchst feine kunstmässige Weise zu verbinden und zu einem schön zusammenhängenden Ganzen zu verarbeiten. Die gegebenen Rechtssätze bald zergliedernd bald aus sich ergänzend, bald auch auf dem Wege wissenschaftlicher Construction selbst neue Rechtssätze bildend und schaffend, operirten sie wie der Dialektiker und Mathematiker mit seinem Stoffe thut, und erhoben dadurch in der That ihre Wissenschaft selbst zu einer auf die juristischen Verhältnisse angewandten Dialektik. Bei entschiedenem Wohlgefallen an der feinen Durchführung eines angenommenen Grundgedankens[44]) bewahrte sie doch ihr gesunder praktischer Sinn

42) Solche waren die libri institutionum des Gajus, Ulpinn, Paullus, Marcian und Florentinus, vielleicht auch der liber singularis enchiridii des Pomponius.

43) Das Erhaltene ist verzeichnet bei Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 89. Gesammelt ist es am vollständigsten sammt den dazu gehörenden literärischen Angaben in dem Bonner Corpus iuris romani anteiustinianei. Dazu ist Folgendes nachzutragen. Von Gajus erschienen neue Ausgaben, namentlich von Böcking, zuletzt 1855.; und neue kritische Bemerkungen von Huschke Gajus Leipzig 1855. Von Ulpian erschienen neue Ausgaben von Böcking 1855, Vahlen 1856, und kritische Bemerkungen von Röder 1856. Ueber den Magister Dositheus sind folgende neue Untersuchungen zu bemerken: Lachmann Versuch über Dositheus. Berlin 1837. 4., Voigt Ius naturale I. 617—630., Dirksen Die römisch-rechtlichen Quellen des Magister Dositheus (Abhandl. der Berliner Akad. 1857. S. 31—53). Letzterer weist als dessen Quelle den Gajus nach, während Lachmann den Paullus, Voigt den Pomponius dafür halten.

44) Eine recht scharfsinnige Unterscheidung oder treffende Schlussfolge nannten sie daher ein elegans dictum, das Gegentheil aber, oder wo eine Bestimmung nicht recht zu einer anderen passte, eine inelegantia iuris, Gaius I. 84. 85., Brissen. v. eleganter.

immer zur rechten Zeit vor allzu weit gehenden Subtilitäten[45]). Auf eine ganz schulgerechte philosophische Form legten sie keinen grossen Werth, daher findet sich häufig in ihren allgemeinen Definitionen, Eintheilungen, und in der Anordnung der Materien eine gewisse Uncorrectheit und Nachlässigkeit; allein bei der Zergliederung der Rechtsverhältnisse selbst verfehlen sie nie den richtigen Begriff und Ausdruck. Ihre Sprache und Schreibart war wie die vielseitig gebildeter und im Leben erfahrener Männer insgemein rein, einfach, bestimmt, würdig, ohne schulmässigen Anstrich, anschaulich und lebendig, und artete langsamer und später aus wie die der anderen Schriftsteller. Die griechische Philosophie hat durch den Einfluss, den sie auf die Geistesbildung der Römer überhaupt ausübte, allerdings auch auf die Jurisprudenz eingewirkt; einen besonderen Antheil daran kann man aber nicht nachweisen, vielmehr zeigt sich umgekehrt bei den römischen Juristen die bei der Begeisterung für ihr Fach leicht begreifliche Richtung, ihre Wissenschaft zugleich als ihre Lebensphilosophie zu behandeln[46]).

436. Bei dieser allgemeinen Uebereinstimmung gab es jedoch im Einzelnen unter den Juristen mancherlei Meinungsverschiedenheiten, wie die freie und lebendige Behandlung einer Wissenschaft jederzeit mit sich bringt. Unter Augustus werden sogar Atejus Capito und Antistius Labeo als Häupter zweier sich entgegenstehender Schulen genannt[47]). Dem Capito folgten Massurius Sabinus, nach welchem diese Schule den Namen Sabinianer erhielt; dann Gajus Cassius Longinus, der ihr den Namen Cassianer zurückliess, hierauf Cölius Sabinus, Priscus Javolenus, Abur-

45) Viele Beispiele findet man bei Brisson. v. subtilitas.

46) Dieses beweist das, was sie als Grundbegriff der Jurisprudenz und als die drei Grundregeln des Rechts aufstellen, fr. 1. pr. §. 1. fr. 10. D. de iustit. (1. 1).

47) Die Hauptquelle über diese Verhältnisse ist Pomponius im fr. 2. §. 47. D. de orig. iur. (1. 2). Einzelne Controversen beider Schulen werden bei Gajus häufig angeführt.

nus Valens, Tuscianus, Salvius Julianus. Auch Sextus Pomponius [48]) und Gajus [49]) bekannten sich zu ihr. Dem Labeo hingegen folgte Nerva; hierauf Proculus wovon diese Schule den Namen Proculejaner erhielt, und zu derselben Zeit Nerva der Sohn und Longinus; dann Pegasus, Celsus, Celsus dessen Sohn, Neratius Priscus. Der Unterschied gieng unstreitig aus der verschiedenen Art der Auffassung und Behandlung des gegebenen Rechtsstoffes hervor, indem die Sabinianer sich möglichst an den positiven Buchstaben hielten, die Proculejaner hingegen mit grösserer Freiheit des Geistes aus dem Grund und Wesen der Sache argumentirten [50]). Diese wissenschaftlichen Gegensätze minderten jedoch selbst unter den Häuptern beider Schulen die gegenseitige Achtung und Anerkennung nicht [51]), und erzeugten keine solche Befangenheit, dass nicht in einzelnen Fällen die Anhänger der einen Schule von der Meinung ihrer Vorgänger hätten abgehen [52]) oder gar der anderen Schule hätten beitreten können [53]). Daher musste auch die Trennung im Fortgang der Zeit allmählig verschwinden, und in der That ist davon in den Bruchstücken der grossen Juristen, die seit Septimius Severus blüheten, keine Spur mehr vorhanden.

437. Die Fortpflanzung und Ausbildung der Jurisprudenz geschah aber nicht blos durch Schriften, sondern auch durch mündlichen Unterricht. Anfangs bestand dieser allerdings nur im Zuhören und Zusehen bei den juristischen

---

48) Gaius I. 217. 218.

49) Gaius I. 196. II. 15. 195. Von Gajus handelt Mommsen in Bekker Jahrbuch 1859. S. 1—15. Er macht es wahrscheinlich, dass Gajus nicht in Rom, sondern in einer Provinzialstadt des Orients gelebt und gelehrt hat.

50) Die neueste und vollständigste Untersuchung hierüber ist von Dirksen in dessen Beiträgen zur Kunde des röm. Rechts, Leipzig 1825.

51) Gellius XIII. 12.

52) Beispiele geben fr. 54. pr. D. de condit. (35. 1), fr. 2. §. 1. fr. 20. §. 3. fr. 28. §. 1. D. de statu liber. (40.7), Gaius II. 218.

53) Ein Beispiel giebt Gaius III. 98.

Beschäftigungen angesehener Praktiker[54]). Sehr natürlich wurden jedoch damit bald Erklärungen, Anleitungen zu eigenen praktischen Arbeiten, Empfehlungen nützlicher Schriften und andere Rathschläge verbunden[55]). So sammelte sich um einen berühmten Juristen ein zahlreicher Kreis von jungen Männern, die sich nach ihm bildeten und ihn als ihren Meister verehrten[56]). Allmählig wurde dieses dann planmässiger eingerichtet[57]). Es traten Männer auf, welche den Unterricht in der Jurisprudenz zur Hauptsache machten und dafür, wenn sie es bedurften von ihren Zuhörern unterstützt wurden[58]). Später bildete sich selbst der regelmässige Gebrauch, dass die Lehrer beim Anfang des Unterrichts ein Honorar empfiengen; allein eingeklagt konnte ein solches nicht werden[59]). In gleicher Weise traten auch Rechtslehrer in den Hauptstädten der Provinzen auf; jedoch waren die in Rom durch besondere Immunitäten begünstigt[60]). In Berytus in Phönizien war sogar schon in der Mitte des dritten Jahrhunderts eine blühende Rechtsschule vorhanden[61]), die für ihre Studierende von Diocletian und Maximian wichtige Privilegien erhielt[62]).

---

54) Man vergleiche Kap. II. Note 4. So bildete sich noch Cicero bei Q. Scävola, Brutus 89., de amicit. 1., de legib. I. 4.

55) In diesem Sinne konnte schon zu Ciceros Zeit von einem Rechtsunterricht die Rede sein, Cicero orat. 41. 42., Brutus 89., ad famil. VII. 19.

56) Dieses ist der Sinn von studiosi audiendi, auditores oder studiosi schlechthin, Cicero Brut. 89., fr. 2. §. 42. 44. 45. 47. D. de orig. iur. (1. 2).

57) Darauf deuten schon im zweiten Jahrhundert die stationes Romae ius publice docentium aut respondentium, Gellius XIII. 13.

58) So Massurius Sabinus, fr. 2. §. 47. D. de orig. iur. (1. 2).

59) Fr. 1. §. 5. D. de extr. cognit. (50. 13). Dawider ist nicht die von Justinian interpolirte c. 6. C. de profess. (10. 52). Denn die doctores legum sind hier eingeschaltet und die mercedes gehen auf das Honorar der Aerzte und anderer Lehrer, welches allerdings klagbar war. Anderer Meinung ist Kämmerer Untersuchung, Güstrow 1837.

60) Man sehe §. 384. 399.

61) Gregor. Thaumat. panegyr. ad Origin. p. 186. 187. ed. Mogunt. Orbis descript. ap. Gothofr. ad c. 1. C. Th. de assessor. (1. 12 (21)).

62) C. 1. C. qui aetate vel profess. se excus. (10. 49).

Viertes Kapitel.

Aenderungen in den Rechtsquellen.

438. Mittlerweile giengen aber in den positiven Rechtsquellen mancherlei Veränderungen vor. Die in die Rechtsverfassung, insbesondere in das Gerichtswesen und Strafrecht eingreifenden Volksschlüsse hatten sich während der letzten Zeiten der Republik so angehäuft[1]), dass schon Julius Cäsar eine Sammlung und Auswahl davon zu veranstalten beabsichtigte[2]). Unter Octavian kamen aber noch viele höchst wichtige und einflussreiche Gesetze hinzu. Zu diesen gehört die lex Julia mit der lex Papia Poppäa wider die Ehelosigkeit[3]), die lex Julia wider den Ehebruch[4]), die lex Aelia Sentia über die Freilassungen[5]), die lex über die Erbschaftssteuer[6]), und Andere wovon an ihrem Orte die Rede sein wird. Auch unter den nachfolgenden Kaisern wurde dieser Weg der Gesetzgebung noch benutzt[7]); doch war die Mitwirkung des Volkes dabei nur eine scheinbare, und hörte endlich ganz auf[8]).

---

1) Tacit. ann. III. 25—28.

2) Sueton. Iul. Caes. 44. Davon handeln: Sarfio Abhandl. I. 68—76., Huschke Pomponius (Savigny Zeitschr. XV. 189—198), Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 96.

3) Darüber sehe man §. 346. Restitutionen dieser Gesetze nach freilich sehr unsicheren Hülfsmitteln und Voraussetzungen sind von J. Gothofredus und Heineccius versucht worden.

4) Sueton. Octav. 34., fr. 1. D. ad l. Iul. de adulter. (48. 5).

5) Darüber sehe man §. 355.

6) Darüber sehe man §. 331.

7) Dieses zeigt die lex Iunia unter Tiberius (§. 354), die lex Visellia um 777, Ulpian. III. 5., die lex Claudia de mulierum tutela, Gaius I. 157. 171., und andere unter diesem Kaiser publicirte Plebiscite, Tacit. ann. XI. 13. Auch noch eine lex agraria des Nerva wird erwähnt, fr. 3. §. 1. D. de termino moto (47. 21).

8) Wann dieses geschehen war, lässt sich nicht bestimmen. Die Stelle in Tacit. ann. I. 15. handelt blos von den Wahlen, nicht von

439. An die Stelle des Volkes trat gewissermassen der Senat, indem nun dessen Rechtsgutachten und Beschlüsse, auch ohne die eingeholte Zustimmung des Volkes, den Rechtsquellen beigezählt wurden [9]). Der Antrag zu solchen Senatusconsulten geschah meistens in der gewöhnlichen Weise durch eine kaiserliche Oration [10]), worüber dann die Consuln als Vorsitzende eine Discussion eröffneten [11]). Doch wurde sie regelmässig ohne Veränderungen zum Beschluss erhoben [12]), und allmählig verwandelte sich das Consultiren des Senats in eine blosse Form und Acclamation [13]).

440. Das Ediciren der Magistrate dauerte unter den Kaisern sowohl in Rom wie in den Provinzen fort [14]). Da jedoch die städtischen Edicte im Verlauf der Zeit zu einer

den Volksversammlungen überhaupt. Selbst späte Schriftsteller reden daher so, als ob Volksschlüsse noch immer verkommen könnten, Gaius I. 3. Eine abweichende Meinung hat Mommsen Stadtrechte von Salpensa S. 391—395., Ueber das visellische Gesetz (Bekker Jahrbuch 1858. S. 337). Er behauptet mit der lex Iunia unter Tiberius habe auch die Thätigkeit der Comitien für die Gesetzgebung aufgehört; nur für zwei Gattungen von kaiserlichen Erlassen seien noch die Formen der lex beobachtet worden: für die Ertheilung des Bürgerrechts an die Soldaten bei ihrer Verabschiedung, und für die Verleihung der Städteordnungen. Allein sein Versuch, das ihm entgegenstehende Datum der lex Visellia zu beseitigen, ist oben widerlegt worden (Buch I. Kap. XL. Note 25). Andere Gegengründe hat Zumpt Studia Romana p. 298—304. ausgeführt.

9) Gaius I. 4. 83. 84. III. 32., fr. 2. §. 12. D. de orig. iur. (1. 2), fr. 9. D. de legib. (1. 3), fr. 5. J. de iure natur. (1. 2).

10) Man sehe darüber §. 279. Genauer handelt davon Dirksen Vermischte Schriften Th. 1. Nr. VI. Beispiele solcher auf das Recht sich beziehenden Orationen enthalten fr. 22. D. de haered. petit. (5. 3), fr. 32. D. de donat. inter vir. et uxor. (24. 1), fr. 1. D. de reb. eor. qui sub tutela (27. 9).

11) Ein Beispiel giebt fr. 20. §. 6. D. de haered. petit. (5. 3).

12) Daher wird häufig die Oration statt des Senatusconsults genannt und commentirt. Beispiele geben fr. 8. D. de transact. (2. 15), fr. 60. D. de ritu nupt. (23. 2).

13) Man sehe §. 371.

14) Gaius I. 6. Ein Beispiel eines Edicts in der Provinz giebt fr. 6. §. 1. D. de custod. reor. (48. 3).

grossen unzusammenhängenden Masse heran gewachsen waren, so unternahm Salvius Julianus dieselben in eine bessere Form und Ordnung zu bringen [15]). Dieso Arbeit soll durch den Kaiser Hadrian veranlasst und auch ein Senatusconsult darüber erlassen worden sein [16]). Durch sie wurde natürlich die ältere Sammlung der Edicte verdrängt [17]), und sowohl bei der praktischen Anwendung wie bei der wissenschaftlichen Bearbeitung hielt man sich lediglich an den Text des Julian. Was auch von Bruchstücken des Edicts in den Commentarien der Juristen erhalten ist, bezieht sich auf diese Redaction [18]). Ob das die Peregrinen angehende Edict damals mit dem städtischen Edict verschmolzen worden sei, ist zweifelhaft [19]); das ädilitische Edict aber wurde demselben als letzter Theil angehängt [20]). Ueber eine Zusammenstellung der Provinzialedicte giebt es zwar keine Nachrichten; doch lässt sich begreifen, dass nachdem im Laufe der Zeit die Verhältnisse der Provinzen sehr gleichartig geworden waren, für sie leicht ein gemeinschaftliches

15) Eutrop. VIII. 17 (9). Dasselbe sagt noch bestimmter Aurel. Victor de Caesar. 19.; nur ist hier Salvius Julianus mit dem Kaiser Didius Julianus verwechselt.

16) C. 2. §. 18. c. 3. §. 18. C. de vet. iure enucl. (1. 17). Bestätigt wird dieses durch eine Nachricht in der Ecloga legum prooem. §. 2., welche Zachariä in Basilii prochiron (Heidelb. 1837) p. 287 sq. edirt hat. Daher wurde auch das so redigirte Edict das Hadrianische genannt, Paeanii metaphrasis ad Eutrop. VIII. 9.

17) Diese Sammlung existirte, obwohl veraltet, noch nach Hadrian in der Bibliothek des Tempels des Trajan, Gellius XI. 17.

18) Hieraus hat man das Edict mehrfach zu restituiren versucht. Die neueste Arbeit dieser Art ist C. de Weyhe Libri tres edicti. Cellis 1821. 4.

19) Dawider spricht, dass beide Edicte später noch unterschieden werden, Gaius I. 6., und dass die Commentarien des Gajus ausdrücklich ad edictum praetoris urbani und ad edictum urbicum überschrieben sind. Dafür aber scheint, dass von keinem Juristen ein Commentar ad edictum praetoris peregrini vorkommt.

20) Const. Omnem reipublicae §. 4., Theophil. I. 2, 7. Die letzten Bücher der Commentarien des Gajus, Ulpian und Paullus über das Edict führen daher die besondere Ueberschrift ad edictum aedilium.

Edict gebildet werden konnte[21]). Falsch ist übrigens die Vorstellung, als ob durch jene Arbeit unter Hadrian eine grosse Veränderung in den Rechtsquellen und ein Stillstand des Edicirens beabsichtigt und bewirkt worden sei[22]). Dass dieser allmählig eintrat[23]), hieng mit dem allgemeinen Verfall der älteren republicanischen Einrichtungen zusammen. Gewissermassen traten nun die Juristen an die Stelle des Prätors, indem sie sich des Edicts als eines abgeschlossenen Textes bemächtigten, und durch ihre Interpretation denselben für die Anwendung lebendig erhielten.

441. Den hauptsächlichsten Einfluss auf die weitere Ausbildung des Rechts erhielten aber die Constitutionen der Kaiser, und diese Gewalt war ihnen selbst durch die neuen Grundgesetze ausdrücklich beigelegt[24]). Sie übten dieselbe durch ihre Edicte, Rescripte und Decrete aus[25]). Die Edicte waren anfangs seltener, so lange die Kaiser sich zur Erlassung allgemeiner Verordnungen gewöhnlich der Mitwirkung des Senats bedienten[26]). Rescripte kamen hingegen sehr häufig vor[27]), bald als eigene Antwortschreiben auf Anfragen und Gesuche von Privatpersonen[28]) oder auf die

21) Der Commentar des Gajus ad edictum provinciale setzt ein solches gemeinschaftliches Edict voraus. Man sehe auch Husehke über den Census S. 22.

22) Die hierüber gangbar gewesenen Meinungen hat Hugo sehr gründlich widerlegt. Auch die etwas modificirte Meinung von Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 97. Note 7. ist nicht begründet.

23) Die jüngsten Zusätze zum Edict werden erwähnt im fr. 3. D. de coniung. cum emanc. (37. 8), fr. 1. §. 13. D. de ventre (37. 9).

24) Man sehe darüber §. 272. Savigny System I. §. 23. sieht in den Edicten der Kaiser nur eine Fortsetzung der Magistratsedicte und legt ihnen daher für die erste Zeit nur eine beschränkte Geltung bei. Dieses widerlegt aber Dirksen Vermischte Schriften Th. I. S. 137.

25) Gaius I. 5., fr. 1. D. de constit. princip. (1. 4).

26) Dass aber doch schon die ersten Kaiser Edicte erliessen, zeigt die Aufzählung bei Bach, bei Brisson. de formul. III. 8. und bei Savigny System I. §. 23. Note d.

27) Sehr Vieles ist darüber gesammelt bei Brisson. de formul. III. 21—68.

28) Selbst Sclaven supplicirten direkt beim Kaiser und erhielten

Relation eines Beamten[29]), bald in der Form einer Resolution, die auf dem eingereichten Libell selbst adnotirt wurde[30]). Diese Rescripte wurden für das Recht höchst wichtig, weil man die in einem Rescript ausgesprochene Rechtsansicht wegen des Ansehens des Kaisers in allen ähnlichen Fällen zur Richtschnur nahm[31]). Eben so verhielt es sich mit den Decreten[32]) oder richterlichen Entscheidungen, welche der Kaiser über die im Wege der Appellation oder unmittelbar an ihn gelangenden Rechtssachen[33]) erliess[34]). Auch in den Mandaten oder Instructionen des Kaisers an die Provinzialbeamten[35]) kamen viele die Rechtsverwaltung betreffende Verordnungen vor[36]).

442. Neben allen diesen geschriebenen Rechtsquellen und wissenschaftlichen Hülfsmitteln wurden aber auch noch das Gewohnheitsrecht[37]) und die Gerichtspraxis[38]) als Rechtsquellen anerkannt.

---

von ihm Bescheid, c. 1. 6. C. de precib. (1. 19), c. 6. C. de testam. manum. (7. 2), c. 1. 8. 10. 11. 13. C. de fideicomm. (7. 4).

29) Theophil. I. 2, 6. Besonders zahlreich sind die Rescripte an Provinzialbeamte. Man sehe §. 311.

30) Fr. 1. §. 1. D. de const. princip. (1. 4), c. 1. C. de precib. (1. 19). Ein Beispiel giebt fr. 9. D. de l. Rhod. (14. 2).

31) Fr. 9. §. 2. D. de haered. instit. (28. 5), fr. 49. D. ad l. Falcid. (35. 2), fr. 17. D. de iure patron. (37. 14).

32) Fr. 18. pr. D. de his quae ut indign. (34. 9), fr. 22. pr. D. ad Sc. Trebell. (36. 1).

33) Das Nähere darüber beim Gerichtswesen.

34) Ueber die Form dieser Decrete sehe man Brisson. de formul. V. 113. 182. 183. 184.

35) Man sehe §. 311. 392.

36) Viele Beispiele darüber giebt Brisson. de formul. III. 84.

37) Fr. 32—37. D. de legib. (1. 3), c. 1. 2. 3. C. quae sit longa consuet. (8. 53).

38) Fr. 38. D. de legib. (1. 3), c. 1. C. quae sit longa consuet. (8. 53).

Fünftes Kapitel.

Die Zeiten der Gesetzsammlungen.

443. Im Anfang des vierten Jahrhunderts war also der Zustand der Rechtsquellen folgender. Der Theorie nach galten als solche noch immer die Gesetze der zwölf Tafeln, die alten Volksschlüsse und Plebiscite, die Edicte der Magistrate, die Senatusconsulte, die Schriften der vom Kaiser autorisirten Juristen und die Constitutionen der Kaiser. Allein jene älteren Quellen wurden nirgends mehr unmittelbar befragt, sondern man hielt sich an die Commentarien der Juristen, worin man das, was von jenen noch brauchbar war, bequem verzeichnet und erläutert fand. Bei dem Gebrauche der juristischen Schriften traten aber ebenfalls grosse Schwierigkeiten ein. Nach der bestehenden Ordnung bildeten sie zwar im Falle der Uebereinstimmung für den Richter eine bindende Autorität; allein bei einer vorhandenen Meinungsverschiedenheit sollte derselbe zwischen den mehreren Ansichten wählen[1]). Dieses war aber bei den immer mehr sinkenden Kräften des Zeitalters nicht leicht; daher suchten die Kaiser dem Richteramt bei der Entscheidung von Controversen durch künstliche Mittel zu Hülfe zu kommen. Schon Constantin war (321) bei einer Rechtsfrage auf die Verschiedenheit gestossen, die darüber zwischen Papinian und den Noten des Ulpian und Paullus bestand, und hatte des Ersteren Meinung für die richtige erklärt[2]). Vierzehn Tage später erliess er eine Constitution, wodurch er um den beständigen Controversen ein Ziel zu setzen, die Berufung auf jene Noten ganz verbot[3]). Ein Gleiches geschah, man weiss nicht wann, mit den Noten

1) Man sehe oben §. 431.

2) C. un. pr. C. Th. de sentent. passis (9. 43).

3) C. 1. C. Th. de respons. prudent. (1. 4). Diese Constitution ist erst in unserer Zeit von Clossius aufgefunden worden.

des Marcian[4]). Alle übrigen Schriften des Paullus aber wurden (327) bei Gelegenheit einer über dessen Sentenzen entstandenen Anfrage ausdrücklich gut geheissen[5]). Durchgreifend geordnet wurde aber das Verhältniss durch ein Edict, welches wahrscheinlich von dem oströmischen Hofe ausgegangen, unter dem Namen von Theodosius II. und Valentinian III. (426) für beide Reiche bekannt gemacht wurde[6]). Durch dieses wurde die Autorität der in der Praxis recipirten Juristen und ihrer Schriften, natürlich mit Ausnahme der erwähnten Noten des Paullus und Ulpian, bestätigt, für den Fall einer Meinungsverschiedenheit aber festgesetzt, dass dann die Mehrheit der Autoren entscheiden, bei Stimmengleichheit aber Papinian den Ausschlag geben, und erst wenn dieser schwiege, der Richter seinem Gutdünken folgen solle. Als recipirte Juristen wurden vor Allen Papinian, Paullus, Gajus, Ulpian und Modestinus bezeichnet, unstreitig desshalb weil deren Schriften in Aller Händen waren. Ausserdem sollten aber auch alle übrigen recipirten Juristen als Autoritäten mitzählen, und zwar wurde als Kennzeichen derselben angegeben, dass deren Tractate und Meinungen in den Werken jener Fünfe allegirt wären. Nur sollte, wenn man sich auf sie (eorum libri) berief, die Aechtheit des angezogenen Werkes durch Vergleichung von Handschriften sicher gestellt sein, was natürlich der Parthei oblag und schwierig war, so dass es für die Stimmenzählung meistens bei jenen Fünfen und den von ihnen bei einer Meinung citirten anderen Juristen blieb[7]). Durch diese Einrichtung hatten die Erzeugnisse der alten

4) Dieses ergiebt sich aus der c. 1. §. 6. C. de veteri iure enucl. (1. 17).

5) C. 2. C. Th. de respons. prudent. (1. 4). Diese Constitution ist ebenfalls erst von Clossius aufgefunden worden. Dadurch erklärt sich die Consultat. veter. Iurisconsulti §. 7.

6) C. 3. C. Th. de respons. prudent. (1. 4).

7) Papiniani, Paulli, Gaji, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus. — Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse cen-

Jurisprudenz ganz den Charakter positiver Rechtsquellen erhalten, und in ihnen waren die Resultate des alten Rechts zusammengefasst.

444. Neben ihnen wurden als Rechtsquellen nur noch die Constitutionen der Kaiser gebraucht. Bis auf Constantin beobachteten diese damit ein gewisses Mass und eine Schonung der alten Formen; allein von da an erhielten alle Verordnungen den Stempel des alleinigen kaiserlichen Willens. Die Gesetze wurden von dem Quästor des Pallastes[8]) in Verbindung mit den anderen Ministern und hohen Beamten[9]), nöthigenfalls auch unter Zuziehung von Rechtsgelehrten[10]) entworfen, dann seit 446 zur Berathung an den Senat gebracht, hierauf in dem kaiserlichen Consisto-

---

semus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt; si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Hievon giebt es verschiedene Auslegungen. 1) Savigny Röm. Recht im Mittelalter I. §. 3., versteht es so, nach jenem Gesetz hätten nur noch die Werke jener fünf Juristen vor Gericht angeführt werden dürfen; die Uebrigen nicht mehr unmittelbar nach ihren Originalwerken, sondern nur mittelbar in so fern sie in den Werken jener Fünfe bei einer Meinung mit genannt wären. — 2) Anders ist die Auslegung von Puchta im Rhein. Museum für Jurisprudenz V. 6. VI. 2., Institutionen I. §. 134. Er widerlegte die Meinung, dass durch jenes Gesetz der Gebrauch der Originalwerke auf die der fünf Juristen beschränkt worden sei. Allein er brachte ganz unnöthig und gezwungen den Nachsatz: si tamen — firmentur, mit dem Citirtwerden in Verbindung, und bezog die eorum libri auf die citirenden Bücher der Fünfe, die codicum collatio auf die Vergleichung des Citates mit dem Originalwerk. — 3) Auf demselben Standpunkt stehen Huschke Alter der Collatio (Savigny Zeitschr. XIII. 14 —21), Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 78. Nur beziehen sie auch die codicum collatio auf das „citirende" Werk, wovon aber der Sinn und Zweck nicht recht abzusehen ist. — 4) Andere Literatur über diese Frage findet man bei Rein Privatrecht S. 92., der aber Huschke als mit Puchta übereinstimmend anführt. Unvollständig ist die Erklärung von Böcking Institutionen I. §. 17. Note 10.

8) Man sehe §. 365.

9) Dieses zeigt auch die Abfassung des Codex von Theodosius II. und der Sammlungen Justinians.

10) Dieses geschah bei der Abfassung der Sammlungen Justinians.

rium recitirt[11]), in den kaiserlichen Kanzleien mit den ihnen eigenthümlichen Schriftzügen ausgefertigt[12]), endlich von dem Kaiser eigenhändig[13]), mit einem Ausdruck von Gewogenheit gegen das Volk, den Senat, den Präfecten des Prätoriums, oder an wen sonst das Gesetz gerichtet war[14]), mit Purpurdinte unterschrieben[15]), daneben der Tag und Ort der Erlassung notirt[16]), und zuletzt das ganze vom Quästor contrasignirt[17]). Zuweilen wurden auch mehrere Urschriften zu gleicher Zeit an verschiedene hohe Beamte expedirt, und dieses in jeder ausdrücklich bemerkt[18]). Die Publication geschah bei den an den Senat erlassenen Gesetzen in der Form einer kaiserlichen Oration[19]), die dort verlesen wurde[20]); bei den anderen wurde insgemein dem Präfecten, woran das Edict gerichtet war, durch eine ausdrückliche vor der kaiserlichen Subscription stehende[21]) Clausel die Bekanntmachung in allen Theilen des Reiches aufgetragen[22]). Nachdem daher bei diesem die Gesetzurkunde eingegangen und darauf der Tag des Empfangs be-

11) C. 8. C. de legib. (1. 14).

12) C. 3. C. Th. ad l. Cornel. de fals. (9. 19).

13) Daher die am Schluss mehrerer Gesetze vorkommenden Worte: et manu divina, oder in Siglen ET. M. D.

14) Dieses zeigen besonders die Novellen hinter dem Theodosischen Codex. Die Formeln dafür giebt Brisson. de formul. III. 78.

15) Sacrum encaustum, Brisson. de formul. III. 79.

16) Daher der Ausdruck data, emissa, directa, subscripta, nov. Valentin. III. tit. I. de indulg. reliquor., tit. IX. de reddito iure armor. Andere Beispiele geben Gothofr. proleg. ad Cod. Theodos. cap. 9., Haenel praef. Cod. Theodos. p. XL.

17) Daher findet sich bei den Gesetzen auch dessen Unterschrift, Brisson. de formul. III. 80.

18) Beispiele darüber sind gesammelt bei Brisson. de formul. III. 83.

19) C. 3. C. de legib. (1. 14). Daher wurde ein solches Gesetz selbst oratio genannt, c. 1. C. Th. de cretione (4. 1).

20) Daher die Schlussworte lecta oder recitata in senatu, Gothofr. ad c. 14. C. Th. de senator. (6. 2), Brisson. de formul. III. 83.

21) Dieses zeigt nov. Valentin. III. tit. XX. de testam. c. 1. Man sehe auch Gothofr. ad c. 1. C. Th. si per obrept. (11. 13).

22) Viele Beispiele sind gesammelt bei Brisson. de formul. III. 69–76.

merkt war[23]), wurden Abschriften, unten mit dem Publicationsediet des Präfecten versehen[24]), theils in den beiden Hauptstädten an bestimmten öffentlichen Plätzen ausgehängt[25]), theils den Vorstehern der Provinzen zugeschickt und von diesen in den Städten umher bekannt gemacht[26]), oder auch in einer Gerichtssitzung verlesen[27]). Zuweilen sind auf besonderen kaiserlichen Befehl Gesetze in eherne Tafeln eingegraben[28]) oder auf Leinwand geschrieben worden[29]). Zur Ausfertigung zuverlässiger Abschriften gab es in Rom eigends dazu angestellte Constitutionarien[30]). Die Theilung des Reiches hatte übrigens auf diese Verhältnisse wenig Einfluss. Seit 429 und 438 war zwar ausgesprochen, dass ein in dem einen Reiche erlassenes Gesetz in dem anderen erst nach förmlicher Reception verbindliche Kraft haben sollte[31]). Doch blieb es Grundsatz, beide Reiche unter denselben Gesetzen zu erhalten, und deshalb wurden die von dem einen

23) Dieses geschah durch das Wort accepta oder ACC. mit Beifügung des Datums, nov. Valentin. III. tit. X. neque domum divinam, tit. XXII. de sepulcri violat., Brisson. de formul. III. 82.

24) Dieses hiess edictum, programma, Brisson. de formul. III. 69. 70. Die geschehene Publication notirte man daher unter dem Gesetze mit den Worten antelata oder praelata edicto Albini praef. praet. und dergleichen, nov. Valentin. III. tit. XX. de testam. c. 1., tit. XXII. de sepulcri violat., tit. XXVI. de triginta annor. praescript., Brisson. de formul. III. 83., Gothofr. ad c. un. C. Th. si per obrept. (11. 13).

25) Daher steht unter vielen Gesetzen: proposita oder PP. Romae in foro Traiani, nov. Valentin. III. tit. XI. de honorat., tit. XIX. de homicid., tit. XX. de testam. c. 1., Brisson. de formul. III. 71. 76., Gothofr. paratit. ad C. Th. I. 1.

26) Nov. Valentin. III. tit. XXVI. de triginta annor. praescript. c. 1. §. 8., c. 7. C. de execut. (12. 61), nov. Iust. 69. c. 1.

27) Daher der Zusatz: allegata in secretario, constit. Valentin. III. a. 365. in der Consult. veter. ICti c. 9.

28) Brisson. de formul. III. 77., Gothofr. paratit. ad C. Th. I. 1.

29) C. 1. C. Th. de aliment. (11. 27) Ibiq. Gothofr.

30) Man kennt dieses Amt erst aus den unten (Note 45) zu erwähnenden gesta senatus und der daran hängenden Constitution.

31) C. 5. C. Th. de const. princ. 1. 1), Nov. Theodos. tit. I. de Theodos. cod. auctorit. c. 1. §. 5.

Hofe ausgegangenen Verordnungen und Sammlungen regelmässig dem anderen zugeschickt und von ihm publicirt[32]).

445. Die kaiserlichen Rescripte, die auch noch häufig sowohl auf die Anfragen von Beamten wie auf Gesuche von Privatpersonen vorkamen, wurden wie die Edicte vom Kaiser mit Purpurdinte unterschrieben[33]) und vom Quästor ausgefertigt[34]). Ausführlichere Erlasse, besonders an Corporationen oder über Diensteinrichtungen, hiessen pragmatische Sanctionen[35]). Die Mandate oder Dienstinstructionen an die Beamten wurden von dem Quästor mit den Bestallungspatenten expedirt[36]). Endlich sind unter den Rechtsquellen jener Zeit auch die Generalverordnungen (formae, τύποι, ὑπαρχικά) der prätorischen Präfecten[37]) und die Edicte der Präfecten der Stadt zu nennen[38]).

446. Die einzige Schwierigkeit, welche bei dem Gebrauche der Constitutionen eintrat, lag in ihrer grossen Zahl und vereinzelten Entstehung. Besonders war diese bei den Rescripten fühlbar, da diese nicht wie die Edicte ordentlich publicirt und verbreitet waren. Daher wurde schon von den Constitutionen des Marcus und Verus von dem Juristen Papirius Justus, wahrscheinlich noch unter Marcus selbst, eine Sammlung veranstaltet[39]). Umfassender waren die beiden Sammlungen der Juristen Gregorian und Hermogenian, wovon jedoch blos Bruchstücke in anderen Sammlungen übrig sind; daher lässt sich deren Zeit[40])

32) C. 5. C. Th. de constit. (1. 1), nov. Theodos. tit. II. de confirm. leg. novell., nov. Valentin. III. tit. XXV. de confirm. leg. Divi Theodosii.

33) C. 3. 6. C. de divers. rescript. (1. 23).

34) C. 7. C. de divers. rescript. (1. 23), nov. Iust. 114.

35) C. 7. C. de divers. rescript. (1. 23), c. 15. C. de proxim. sacror. scrinior. (12. 19).

36) Man sehe §. 403.

37) C. 2. C. de off. praef. praet. (1. 26), c. 16. C. de iudic. (3. 1). Beispiele sind die nov. 165—168. Man vergleiche oben §. 288.

38) Beispiele geben §. 381. Note 64. 65. §. 382. Note 82.

39) Daraus stehen sechzehn Fragmente in den Digesten. Man sehe auch Savigny System I. §. 24. Note v.

40) Die erhaltenen Constitutionen aus dem Codex Gregorianus

und Umfang[41]) nur ungefähr bestimmen. Nach diesen Vorgängen war der jüngere Theodosius ebenfalls auf die Verfertigung einer Sammlung bedacht. Zu diesem Zwecke ernannte er (429) eine Commission von neun angesehenen Männern seines Hofes mit dem Auftrage, alle von Constantin an erlassenen Edicte und sonstigen zur allgemeinen Nachachtung bestimmten Constitutionen zu sammeln, dieselben nach dem Inhalte zu ordnen, die Constitutionen gemischten Inhalts zu theilen, und durch genaue Beobachtung der chronologischen Folge die jüngeren wirklich geltenden Verordnungen von den älteren abgeänderten zu unterscheiden[42]). Derselbe Auftrag wurde (435) einer anderen aus sechzehn Männern bestehenden Commission erneuert[43]), und der von ihnen verfasste Codex (438) als offizielle Gesetzsammlung bekannt gemacht[44]). In demselben Jahre geschah durch Valentinian III. dessen Reception und Publication im Occident, und zwar zuerst beim Senate, dem der Kaiser ein Exemplar durch den prätorischen Präfecten feierlich überreichen liess[45]). Dabei wurde auch die Anfertigung und der Verkauf von Abschriften der Sammlung der Correctheit wegen ausschliesslich den Constitutionarien übertragen[46]). Doch sind von dieser wichtigen Sammlung

beginnen mit Septimius Severus (196) und endigen mit Diocletian (295); die aus dem Codex Hermogenianus beginnen mit Diocletian (290) und endigen mit Valens und Valentinian II. (365). Die neueste Ausgabe ist von Hänel (Note 47).

41) Aus dem Codex Gregorianus wird das vierzehnte Buch citirt. Von dem Codex Hermogenianus werden nur Titel angeführt.

42) C. 5. C. Th. de constit. (1. 1).

43) C. 6. C. Th. de constit. (1. 1).

44) Const. de Theodosiani codicis auctoritate (nov. Theodos. tit. I).

45) In dieser Senatssitzung wurde, wie das davon erhaltene Protocoll zeigt, des Theodosius Verordnung vom Jahr 429 verlesen; wahrscheinlich auch dessen beiden anderen angeführten Constitutionen. Dieses Protocoll hat Clossius mit anderen Stücken in einer Handschrift der Ambrosianischen Bibliothek zu Mailand gefunden und 1824 edirt. Es steht nun auch in den neuen Ausgaben des Theodosischen Codex.

46) Die Constitutionarien ertheilten dabei nicht blos eine Abschrift der Sammlung, sondern zugleich eine vom Exceptor des Senats be-

nur unvollständige Handschriften auf uns gekommen[47]). In der erwähnten Verordnung vom Jahr 429 kündigte Theodosius noch ein anderes Werk an, worin Constitutionen und juristische Schriften zusammengestellt sein sollten; davon ist jedoch nichts bekannt geworden. Uebrigens blieb die Gesetzgebung nach dem Theodosischen Codex nicht stille stehen, und bald waren wieder viele neue Constitutionen vorhanden. Die im Morgenlande erlassenen Novellen wurden den oben erwähnten Verordnungen von 429 und 438 entsprechend von Theodosius (447) in einer Sammlung an den abendländischen Hof geschickt[48]), und von Valentinian III. (448) publicirt[49]). Eben so that Martian mit einer die Jahre 450 bis 455 umfassenden Novellensammlung. Leo I. übersandte aber an Anthemius nur auf dessen besondere Anfrage eine seiner Novellen[50]). Im Abendlande wurden ebenfalls von Valentinian III., Majorian, Severus und Anthemius Novellen erlassen, und von diesen mit den als brauchbar erkannten Novellen des Theodosius und Martian eine Sammlung in sechs Abtheilungen nach den sechs Kaisern veranstaltet[51]). Neben allen diesen Sammlungen hat sich aber

glaubigte Abschrift jenes Protocolls und auch die Abschrift eines kaiserlichen Rescripts von 443, wodurch ihr ausschliessliches Recht zur Anfertigung und zum Verkaufe von Abschriften bestätigt wurde. Dieses zeigt das erwähnte Protocoll selbst. Unter diesem steht nämlich eine Beglaubigung desselben durch den Exceptor des Senates, dann das Rescript vom Jahr 443. Man sehe Savigny über die Gesta Senatus (Zeitschr. IX. 213., Verm. Schriften III. 255—278), Mommsen in den Berichten über die Verhandl. der Sächs. Gesellsch. der Wissensch. 1851. S. 378—380.

47) Die neueste durch kritischen Fleiss höchst ausgezeichnete Ausgabe ist von Hänel (1842) in der Bonner Sammlung. Die Vorrede daselbst giebt über die früheren Arbeiten Auskunft. Hervorzuheben ist der vortreffliche Commentar von J. Gothofredus 1665, neu edirt von Ritter 1736. 6 vol. fol.

48) Nov. Theodos. tit. II. de confirmat. leg. novellar.

49) Nov. Valentin. III. tit. XXV. de confirmat. legum Divi Theodosii.

50) Dieses zeigt Nov. Anthem. tit. II. et III.

51) Aus diesen Materialien hat Hänel die Novellen in der Bonner Sammlung (1844) vortrefflich edirt.

noch eine Zahl einzelner auf das Kirchliche bezüglicher Constitutionen von Constantin und anderen Kaisern des vierten Jahrhunderts erhalten[52]). Im Jahr 476, als das römische Reich im Occident aufhörte, beruhte also das bürgerliche Recht auf den Schriften der autorisirten Juristen und auf den drei Constitutionensammlungen von Gregorian, Hermogenian und Theodosius, und den dazu gekommenen Novellen. Was damit weiter in den Reichen geschah, die nun von den Germanen gegründet wurden, liegt ausser den Gränzen dieser Darstellung.

447. Die Jurisprudenz war mittlerweile von ihrer Höhe tief herabgesunken, und mit Herennius Modestinus, einem Schüler Ulpians unter Severus Alexander, endigt die Reihe der bedeutenden juristischen Schriftsteller. Der wissenschaftliche Geist entwich gänzlich; Jeder trachtete nur nach eitlen oder einträglichen Stellen, und eine der ehrenvollsten Beschäftigungen der alten Zeiten, die bürgerliche Praxis, wurde als ein verachteter blos für Freigelassene sich ziemender Erwerbszweig[53]) auf das Schnödeste missbraucht; einmal von denen, die bei jeder Gelegenheit die Leute zu Processen an einander hetzten; dann von denen, welche durch pedantischen Ernst und Büchercitate wichtig thaten; dann von solchen, die mit Kunst und Verschlagenheit die Processe ins Unendliche zu ziehen verstanden; endlich von denen, die ihre Unwissenheit hinter der grössten Grobheit und Unverschämtheit verbargen[54]). Die Ueberreste von juristischen Arbeiten aus dieser Zeit tragen auch diesen Character von Schwäche an sich, und bestehen blos in Zusammenstellungen von Quellen. Solcher Werke giebt es drei. Erstens die von Mai 1820 aufgefundenen sogenannten Vaticanischen Fragmente, eine im fünften Jahrhundert zu praktischen Zwecken verfertigte Compilation aus

52) Dieses sind die sogenannten Sirmondischen Constitutionen, die von Hänel eben dort neu edirt und gegen frühere Zweifel als ächt dargethan worden sind.

53) Mamertin. gratiar. act. ad Iulian. c. 20.

54) Diese vierfache Klasse unterscheidet Amm. Marc. XXX. 5.

Schriften von Juristen und Constitutionen der Kaiser[55]. Zweitens die Lex Dei oder sogenannte Collatio legum Mosaicarum et Romanarum, eine nach Titeln geordnete Vergleichung des göttlichen und menschlichen Rechts, worin unter jedem Titel Gesetze des Pentateuchs und Excerpte aus Juristen und Constitutionen neben einander gestellt sind[56]. Drittens die Consultatio veteris Jurisconsulti, ein Gutachten über eine Reihe von Consultationen, worin Stellen aus Paullus und Constitutionen aus den Sammlungen des Gregorian, Hermogenian und Theodosius II. angeführt sind[57]. Für die Agrimensoren wurde von Hyginus ein kleiner Auszug von Rechtsquellen verfasst[58]. Was den Rechtsunterricht betrifft, so wurde zwar für die Rechtsschule in Rom durch genaue disciplinaire Verordnungen gesorgt[59], auch eine neue in Constantinopel errichtet, und deren Lehrer mit Besoldungen und Ehrenrechten versehen[60]. Allein es bestätigte sich auch hier, dass wenn die freie innere Kraft erloschen ist, den Lehranstalten von oben herab nicht Geist und Leben eingehaucht werden kann.

---

55) Sie ist am besten edirt von Bethmann-Hollweg 1833, und danach im Bonner Corpus iuris. Ein neuer Abdruck genau nach der Handschrift ist: Codicis Vaticani N. 5766 in quo insunt iuris anteiustiniani fragmenta quae dicuntur Vaticana exempium addita transcriptione notisque criticis edidit Th. Mommsen. Berolini 1860. 4.

56) Eine neue sehr verbesserte Ausgabe erschien von Blume 1833, und danach im Bonner Corpus iuris. Kritische Nachträge lieferten 1844 Blume in Savigny Zeitschr. X. 298—308., Lachmann in Savigny Zeitschr. X. 309—314., Huschke 1846 in Savigny Zeitschr. XIII. 1—49.

57) Die neueste Ausgabe ist von Puggé im Bonner Corpus iuris. Man sehe auch Rudorff Ueber die Entstehung der Consultatio (Savigny Zeitschr. XIII. 50—66).

58) Man sehe darüber Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 103.

59) C. 1. C. Th. de stud. liberal. (14. 9).

60) C. 3. C. Th. de stud. liberal. (14. 9). Man sehe §. 384.

Sechstes Kapitel.

Justinian.

448. Nicht volle hundert Jahre waren seit Valentinians Citirgesetz und der Abfassung des Theodosischen Codex verflossen, als Justinian für den Orient neue Sammlungen unternahm. Sein Plan war nach der damaligen Lage der Rechtsquellen theils auf die Constitutionen theils auf die Schriften der Juristen gerichtet. Für die Constitutionen bestand die Schwierigkeit darin, dass dieselben in drei Sammlungen und den nach diesen erschienenen Gesetzen zerstreut und in jenen sowohl die veralteten wie die noch geltenden Verordnungen aufgenommen waren. Justinian ernannte daher (528) eine Commission von zehn hohen Beamten und Rechtsgelehrten, darunter auch Tribonian, Vorsteher einer der kaiserlichen Kanzleien, und ertheilte ihnen den Auftrag, Alles in eine einzige Sammlung zu bringen, die überflüssigen Gesetzespräfationen, Wiederholungen, einander widersprechenden und veralteten Bestimmungen wegzuschneiden, nöthigenfalls auch die Texte zu verändern, oder mehrere Stellen in eine einzige zusammenzuziehen, übrigens aber doch die Constitutionen nicht blos mit ihrem Datum zu bezeichnen, sondern auch in jedem Titel nach ihrer chronologischen Folge zu ordnen[1]). Diese Sammlung wurde schon nach zehn Monaten (529) mit der Erklärung publicirt, dass alle darin aufgenommenen Constitutionen, auch die blos an gewisse Personen lautenden Rescripte, allgemein verbindliche Kraft haben, auch ausser ihr keine Constitutionen gelten und vor Gericht allegirt werden sollten, vorbehaltlich jedoch der an einzelne Städte, Corporationen, Scrinien und Officien durch besondere pragmatische Sanctionen verliehenen Privilegien[2]).

1) Const. Haec quae necessario etc. de novo codice faciendo, Const. Summa reipublicae §. 1. 2. de Iustinianeo codice confirmando.

2) Const. Summa reipublicae §. 3. 4. 5.

449. Justinian hatte bei dieser Bekanntmachung erklärt, dass sein Codex mit Zuziehung der Schriften der alten Juristen für das Rechtsbedürfniss völlig genügen würde [3]). Bei dieser Verbindung der alten Jurisprudenz mit der neuen Sammlung entdeckte man aber bald Schwierigkeiten und Widersprüche, welche der Kaiser auf den Antrag Tribonians durch besondere Decisionen schlichtete. Die Zahl derselben stieg vom Jahr 529 an bald auf fünfzig, und so wurden sie als eine geschlossene Sammlung publicirt [4]).

450. Mittlerweile war in Justinian der Gedanke reif geworden, auch aus den Schriften der Juristen eine neue Sammlung zu veranstalten. Zu diesem Zwecke erliess er (530) an Tribonian, der nun Quästor des Pallastes geworden war, den Auftrag, unter Zuziehung von Rechtslehrern und Advocaten der Stadt, einen völlig genügenden Auszug aus den gangbaren und mit praktischer Autorität versehenen Schriften der alten Juristen zu verfertigen [5]). Die excerpirten Stellen sollten in fünfzig Bücher und Titel nach Art der neuen Constitutionensammlung und des Edicts

3) Const. Summa reipublicae §. 3.

4) Dieses ergiebt sich aus der Art, wie sich der Kaiser auf sie bezieht, §. 3. J. de libertin. (1. 5), §. 16. J. de oblig. quae ex delicto (4. 1), c. un. §. 10. C. de caduc. tollend. (6. 51), Const. Cordi nobis §. 1. de emendatione codicis.

5) Const. Deo auctore §. 2. 3. 4. C. de veteri iure enucleando (1. 17). Der Kaiser macht hier in Ansehung der zu excerpirenden Schriftsteller einen Unterschied zwischen denen, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, und denen, quorum scripturae nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt. Dieses bezieht sich auf die alten Juristen, deren Autorität auch im Valentinianischen Citirgesetz anerkannt und befestigt worden war (§. 443), im Gegensatz zu den Werken anderer, also auch der jüngeren Schriftsteller. Eine Schwierigkeit macht freilich der Umstand, dass in den Pandekten doch zwei Schriftsteller, Hermogenianus und Charisius, excerpirt sind, die erst nach Modestinus, dem jüngsten der fünf des Citirgesetzes, lebten. Allein dieses sind Ausnahmen, die sich dadurch erklären, dass grade in diesen jüngeren Schriften manches Brauchbare vorkam, das in den älteren fehlte.

vertheilt, dabei die Meinungen der Autoren ohne Ansehen der Personen, daher selbst mit Berücksichtigung der Noten des Ulpian, Paullus und Marcian zu Papinian, sorgfältig gewogen, das Ueberflüssige weggelassen, das Mangelhafte verbessert, die Widersprüche ausgeglichen, die Wiederholungen und veralteten Bestimmungen gestrichen, Alles in einen Guss gebracht und so angesehen werden, als wäre es frisch aus dem Munde des Kaisers hervorgegangen, endlich das Ganze den Namen Digesten oder Pandekten erhalten[6]). Er schloss sich also an den Standpunkt des Valentinianischen Citirgesetzes an; allein er wich darin ab, dass er durch seine Excerptensammlung dem Richter und den Partheien das Zählen der Stimmen und die Collation der Handschriften entbehrlich machen wollte. Nachdem zur Vollführung dieses Auftrages vom Kaiser sechzehn Mitarbeiter Tribonians erwählt waren[7]) und die Arbeiten begonnen hatten, stellte sich die Zahl der zu excerpirenden Schriften auf beinahe zweitausend Bücher[8]). Um damit fertig zu werden, theilte man sie in drei Klassen, wovon zunächst der einen als Hauptwerke die Commentarien zum Sabinus, der anderen die Commentarien zum Edict, der dritten die Schriften Papinians, dann Jeder auch noch nach Verhältniss die übrigen minder bedeutenden Werke zugetheilt wurden. Diesen drei Klassen entsprechend formirte sich nun die Commission in drei Sectionen. Jede Section nahm die ihr zugefallenen Schriften nach einander vor, und was für die Pandekten brauchbar gefunden wurde, setzte man mit Angabe des Namens der ausgezogenen Schrift und ihres Verfassers[9]) unter eine Rubrik, die aus dem Constitutionencodex, dem Edict[10]) oder jener Schrift selbst entlehnt war. Die Bruch-

6) Const. Deo auctore §. 5—14. C. de veteri iure enucl. (1. 17).

7) Const. Tanta §. 9. C. de veteri iure enucl. (1. 17).

8) Const. Tanta §. 1. 17. C. de veteri iure enucl. (1. 17).

9) Const. Tanta §. 10. C. de veteri iure enucl. (1. 17).

10) Auf den Codex und das Edict hatte nämlich Justinian ausdrücklich verwiesen, const. Deo auctore §. 5. C. de veteri iure enucl. (1. 17).

stücke, welche so unter dieselbe Rubrik zu stehen kamen, wurden dann sowohl mit dem Constitutionencodex wie unter sich verglichen[11]), Wiederholungen ausgestrichen, Widersprüche getilgt, und die nach dem Inhalt der Excerpte etwa nöthigen Umstellungen gemacht. Nachdem auf diese Weise die einzelnen Sectionen fertig geworden waren, traten sie zusammen, um aus ihren drei Sammlungen ein Ganzes zu machen. Zu diesem Zwecke legte man bei jedem einzelnen Titel die Sammlung zum Grunde, welche die meisten oder doch die grössten Fragmente lieferte, verglich die beiden kleineren Sammlungen damit, tilgte die Wiederholungen und Widersprüche, und schaltete Ergänzungen, nähere Bestimmungen und allgemeine Sätze ein. Was dann in den kleineren Sammlungen übrig blieb ohne gestrichen oder dort aufgenommen worden zu sein, ward hinter die erste Sammlung gestellt und zwar so, dass in der Regel auch wieder die Zahl der Fragmente entschied, welche Sammlung in die Mitte, welche ganz an das Ende des Titels zu stellen sei. Eine weitere Ueberarbeitung scheint mit den Pandecten nicht vorgenommen worden zu sein[12]). Durch dieses zur Abkürzung der weitläufigen Arbeit höchst zweckmässig eingerichtete Verfahren gelang es dieselbe weit früher, als man wohl ursprünglich gedacht hatte, zu Ende zu bringen, und schon am 16. December des Jahres 533 wurde die Sammlung durch zwei gleichlautende Verordnungen, eine lateinische und eine griechische, publicirt[13]). Sie enthielt, wie vorgeschrieben war, fünfzig Bücher, jedoch unter sieben Hauptabtheilungen[14]), bei denen augenscheinlich eine Beziehung auf den Rechtsunterricht zum Grunde

11) Die Vergleichung mit dem Constitutionencodex, damit Wiederholungen vermieden würden, war ausdrücklich geboten, const. Deo auctore §. 3., const. Tanta §. 14. C. de veteri iure enucl. (1. 17).

12) Ich folge hier wörtlich den Resultaten der scharfsinnigen und überzeugenden Combinationen von Bluhme in Savigny Zeitschr. IV. 257—472. Man sehe auch Eyssenhardt Justinians Digesten. Leipz. 1845.

13) Const. Tanta und const. *Δέδωκεν* C. de veteri iure enucl. (1. 17).

14) Const. Tanta §. 1—8.

lag[15]). Wiederholungen und Mängel sollten darin als unvermeidlich entschuldigt, Widersprüche aber gar nicht angetroffen werden[16]). Endlich wurde auch um die zu Stande gebrachte Arbeit zu übersehen den Digesten ein Verzeichniss der darin excerpirten Schriften vorangestellt[17]), übrigens aber, um jeder neuen Rechtsunsicherheit zuvor zu kommen, den Juristen das Commentiren darüber, den Abschreibern der Gebrauch von Abkürzungen und Siglen auf das Strengste untersagt[18]).

451. Schon bei dem Auftrage zur Compilirung der Digesten dachte Justinian an ein neues Lehrbuch für den Rechtsunterricht[19]), und ertheilte daher dem Tribonian mit zwei anderen Antecessoren die Weisung, die älteren Institutionenwerke abgesondert zu sammeln, und daraus mit Berücksichtigung der mittlerweile erlassenen neuen Constitutionen ein für die Zeit passendes, historisch aber auch das alte Recht berührendes Elementarbuch zu verfassen[20]). Ein solches wurde, während man noch mit den Digesten beschäftigt war, nach den Institutionen des Gajus in vier Büchern ausgearbeitet, mit dem Ansehen einer kaiserlichen Constitution bekleidet[21]), durch eine vom 23. November 533 datirte, an die studirende Jugend gerichtete Constitution bekannt gemacht[22]) und so wie die einige Wochen später publicirten Digesten vom 30. December desselben Jahres an für gültig und verbindlich erklärt[23]). In diesen drei

15) Dieser Punkt ist von Hugo in seiner Rechtsgeschichte und seinem Lehrbuche der Digesten vielfach erörtert worden.

16) Const. Tanta §. 14. 15. 16.

17) Const. Tanta §. 20. Ein solches Verzeichniss hat sich wirklich bei der Florentinischen Handschrift erhalten. Es enthält jedoch so viele Unrichtigkeiten, dass es nicht aus Justinians Zeit herrühren kann.

18) Const. Deo auctore §. 12. 13., Const. Tanta §. 21. 22.

19) Const. Deo auctore §. 11.

20) Const. Tanta §. 11., Prooem. Instit. §. 2. 3. 4. 5.

21) Prooem. Instit. §. 3. 6., const. Tanta §. 11.

22) Dieses geschah durch die const. Imperatoriam, welche das prooemium der Institutionen bildet.

23) Const. Tanta §. 23. 24.

Werken, dem Constitutionencodex, den Institutionen und den Pandecten sollte alles positive Recht enthalten sein, und bei schwerer Strafe keine anderen Rechtsquellen ausser ihnen vor Gericht angeführt werden[24].

452. Durch diese Arbeiten wie auch durch die mittlerweile erschienenen neuen Constitutionen, insbesondere die fünfzig Decisionen, hatte sich aber das Bedürfniss einer neuen Bearbeitung des Constitutionencodex fühlbar gemacht. Den Auftrag hiezu erhielt abermals Tribonian mit vier Gehülfen, und schon am 16. November 534 wurde dieser revidirte Codex, wie der ältere[25]) in zwölf Bücher eingetheilt, publicirt, und der Gebrauch der fünfzig Decisionen, anderer Constitutionen und des älteren Codex untersagt[26]. Die Erlassung neuer Constitutionen behielt sich aber der Kaiser, wo es nöthig sein würde, ausdrücklich vor, und diese sollten dann in eine besondere Sammlung gebracht werden[27]. Wirklich hat auch Justinian noch viele solcher einzelnen Novellen erlassen; allein eine Sammlung ist davon unter öffentlicher Autorität nicht gemacht worden. Uebrigens wurden die Institutionen, die Digesten, der Codex und die Novellen auch in Italien, nachdem dieses von den Ostgothen an das römische Reich zurückgebracht war, eingeführt[28]. Justinian starb (565) nach einer langen und thätigen Regierung, die besserer Zeiten würdig gewesen wäre.

453. An demselben Tage, von welchem Justinians lateinisches und griechisches Publicationspatent der Digesten datirt ist, erliess er auch eine an die Antecessoren gerichtete Verordnung über die Methode des Rechtsunterrichts[29].

24) Const. Tanta §. 12. 19.

25) Dieses sagen ausdrücklich die const. Tanta §. 1., const. Omnem reipublicae pr. Es ist daher ein Versehen, wenn Zimmern dieses bezweifelt.

26) Const. Cordi nobis etc. de emendatione Codicis domini Iustiniani.

27) Const. Cordi nobis §. 4.

28) Pragmat. sanctio Iustiniani pro petitione Vigilii c. 11.

29) Const. Omnem reipublicae etc. de ratione et methodo iuris docendi ad antecessores.

Die Grundlage davon bildeten bis dahin juristische Schriften, welche vorgelesen und erklärt wurden. Die Zeit des Rechtsstudiums dauerte fünf Jahre, von denen jedoch nur die drei ersten dem Anhören von Vorlesungen bestimmt waren. Auf diesem Plane bauete nun Justinian fort, jedoch so, dass er seine Sammlung substituirte. Im ersten Jahre hatte man die Institutionen des Gajus und nach Diesen vier einzelne Tractate, nämlich von der Dos, der Tutel, den Testamenten und den Legaten, jedoch sehr fragmentarisch durchgenommen. Diese vier Tractate betrafen Materien, wovon im Edict fast nichts vorkam, die daher in dessen Commentarien auf andere Art, namentlich wohl aus Sabinus ergänzt wurden. Justinian schrieb aber für das erste Jahr seine Institutionen, und nach diesen für den Rest des Jahres die erste Pars seiner Digesten, also wie bisher vier Bücher, vor. Die Studirenden sollten dann nicht mehr nach einem üblichen Spottnamen, Dupondier, sondern nach dem Kaiser selbst benannt werden. Im zweiten Jahre war bis dahin die erste Pars des Gesetzbuchs, worunter unstreitig das Edict oder vielmehr ein Commentar darüber gemeint ist, daneben einzelne Titel aus der zweiten Pars vom Gerichtswesen oder aus der dritten Pars von den Sachen, alles jedoch sehr lückenhaft und willkührlich, vorgekommen. Jetzt aber sollte entweder die zweite Pars der Digesten, dass heisst das fünfte bis ans zwölfte Buch, oder die dritte Pars vom zwölften bis ans zwanzigste Buch, ganz ohne alle Unterbrechung, und ausserdem aus den vierzehn Büchern, welche vom drei und zwanzigsten bis an das sieben und dreissigste gehen, ein Buch von den dreien über die Dos, eins von den zweien über die Vormundschaften, eins von den zweien über die Testamente und eins von den sieben über die Legate und Fideicommisse erklärt werden. Die Studirenden behielten den alten Namen Edictalen. Im dritten Jahre hatte man sonst das, was von der zweiten oder dritten Pars des Gesetzbuches übrig geblieben war, nachgeholt, und war dann zu den Responsen des Papinian fortgeschritten. Jetzt hingegen wurde die im zweiten Jahre

liegen gebliebene dritte oder zweite Pars und die drei ersten Bücher der vierten Pars erklärt. Die Studirenden behielten den Namen Papinianisten und die beim Eintritt ins dritte Jahr herkömmliche Festlichkeit; zu Ehren Papinians war sogar eingerichtet, dass alle Titel des zwanzigsten Buches mit einem Bruchstücke von ihm anfiengen. Im vierten Jahre, wo man als Lyten oder Entbundene die Responsen des Paullus für sich studirt hatte, sollte man von den siebzehn Büchern, welche die vierte und fünfte Pars der Digesten bilden, die zehn, die im zweiten und dritten Jahre übergangen worden waren, für sich fleissig durchgehen. So weit, also bis zum Schlusse des sechs und dreissigsten Buches, beschäftigte man sich in der Studienzeit mit den Digesten. Im fünften Jahre endlich, wo die Studirenden Prolyten hiessen, wurde ihnen das Studium der Constitutionen eingeschärft. Diese Verordnung bezog sich übrigens blos auf die beiden Hauptstädte und Berytus; in allen übrigen Städten wurde der öffentliche Rechtsunterricht bei Strafe verboten. Rom stand aber damals nicht unter Justinian, und Berytus wurde noch zu seiner Zeit durch Erdbeben und Brand zerstört.

454. Ohngeachtet aller dieser Veranstaltungen war die Rückwirkung der Arbeiten Justinians auf die Rechtswissenschaft doch keineswegs eine günstige. Durch die Digesten hörte der Gebrauch der zusammenhängenden Originalwerke ganz auf; diese fielen in Vergessenheit und das Pergament, worauf sie geschrieben waren, wurde zu anderen Zwecken benutzt. Das Verbot des Commentirens über die Digesten liess nur die Freiheit zu Worterklärungen, Uebersetzungen, Paratitlen, Erläuterungen durch Beispiele und durch Parallelstellen übrig. In dieser Weise hat der Antecessor Theophilus zu Constantinopel, ein Mitarbeiter an den Digesten und besonders an den Institutionen, über jene commentirt[30]) und über Letztere Vorlesungen gehalten, wovon

30) Man sieht dieses aus den Schriften zu den Basiliken, die sich

das nachgeschriebene Heft sich erhalten hat[31]). Auch ein anderer Mitarbeiter, Dorotheus, Antecessor zu Berytus, ferner Stephanus, Cyrillus, Thaleläus, Theodorus, Anatolius, Isidorus und Phocas werden als solche erwähnt, welche die Digesten, den Codex und die Novellen durch wörtliche oder umschreibende Uebersetzungen, Scholien und Register erläutert haben[32]). Für die Novellen entstand insbesondere noch unter Justinian eine Privatsammlung von 125 Novellen, woraus Julian einen lateinischen Auszug verfertigte[33]). Die schaffende Kraft war aber erloschen, und wenn die Rechtswissenschaft nicht noch tiefer sank, so lag der Grund davon in dem Geiste der alten Jurisprudenz, welcher auch noch in den Bruchstücken kenntlich blieb, und aus ihnen selbst noch zu uns belebend herüberweht.

---

auf ihn beziehen. Die Stellen sind gesammelt in Theophili paraphr. ed. Reitz. T. II. p. 944—57.

31) Die beste Ausgabe ist: *Θεοφιλου Αντικηνσωρος τα ευρισκομενα* — ed. G. O. Reitz. Hagae Comit. 1751. II vol. 4.

32) Diese Juristen sind uns hauptsächlich nur durch die Scholien zu den Basiliken bekannt. Das Bemerkenswerthe aus diesen ist gesammelt und erläutert in Theophil. ed. Reitz. T. II. p. 1234—1246. Einige wirkliche Bruchstücke sind gesammelt: Thalelaei, Theodori, Stephani, Cyrilli aliorumque Iotorum graecorum commentarii — ed. D. Ruhnken. (in Meermann. Thesaur. T. III. p. 1. T. V. p. 1).

33) Diese Verhältnisse sind vortrefflich abgehandelt von F. A. Biener, Geschichte der Novellen Justinians. Berlin 1824.

Drittes Buch.

Geschichte des Privatrechts.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Lehren.

455. Zur Geschichte des Privatrechts gehört vor Allem die Frage, in welcher systematischen Form die Römer dasselbe dargestellt haben[1]). Eine solche Form setzt aber immer schon eine weit fortgeschrittene Reflexion voraus. Man darf daher in den zwölf Tafeln, in dem Edict und selbst in den ersten Lehrbüchern noch kein System, sondern nur eine Gruppirung nach äusserlichen praktischen Gesichtspunkten erwarten. Da das Recht eben nur in dem Complex der Rechtsverhältnisse besteht, so zerfällt das Privatrecht nach der allein richtigen Eintheilung in zwei Hauptmassen[2]): in die Lehre von dem Subjecte welches Rechtsverhältnisse hat und haben kann, und in die Lehre von den Gegenständen, worauf sich die Rechtsverhältnisse beziehen. Als solche sind aber nur zwei denkbar: Personen und Sachen. In so fern aber ein Recht dieses vollständig nur dann ist, wenn ihm ein Klagrecht zur Seite steht, vermöge dessen es nöthigenfalls durch richterlichen

1) Davon handelt Leist Versuch einer Geschichte der Römischen Rechtssysteme. Rostock 1850. Gute Bemerkungen macht dagegen Sanio Zur Geschichte der Röm. Rechtswissenschaft S. 6. 7.

2) Man sehe darüber meine Juristische Encyclopädie §. 117. 118.

Zwang geltend gemacht werden kann, lässt sich jenen beiden Theilen noch eine dritte gemeinschaftliche Betrachtung beifügen, das Actionenrecht, die Lehre von den gerichtlichen Klagrechten.

456. Vergleicht man hiemit die systematischen Ansichten der Römer aus der Zeit der entwickelten Jurisprudenz, so sagen sie, alles bei ihnen geltende Recht beziehe sich entweder auf Personen, oder auf Sachen oder auf die Actionen[3]). Mit dieser Eintheilung wollten sie wahrscheinlich nicht blos ihr Privatrecht, sondern auch ihr öffentliches Recht umfassen[4]); allein bei der näheren Ausführung haben sie sich doch blos auf Ersteres beschränkt, und von dem öffentlichen Recht nur dasjenige erwähnt, was in das Privatrecht einschlägt. Eine ganz scharfe Gränze zwischen beiden konnte es überhaupt bei ihrer Richtung, Alles auf den Staat zu beziehen, nicht geben. Mangelhaft ist aber ihr System vor Allem darin, dass sie die Lehre von der Rechtsfähigkeit, welche mit der Lehre von dem Subject der Rechtsverhältnisse zusammenfällt, nur gelegentlich und auch da nur unvollständig vortragen[5]). Ferner erwähnen sie unter dem ius quod pertinet ad personas, wie gleich unten zu zeigen ist, keineswegs Alles, was dort zu erwähnen wäre. Zu bemerken ist ferner, dass in ihrem Systeme zwischen der Lehre von den res und der von den actiones die Lehre von den Obligationen steht, so dass es zweifelhaft scheint, ob diese zu dem zweiten oder zu dem dritten Theil gehören. Ersteres hat für sich, dass ein Forderungsrecht so gut wie eine körperliche Sache ein Stück des Vermögens ist[6]), und dass bei Gajus nach der

3) Gaius I. 8., §. 12. J. de iure natur. (1. 2).

4) Ein Beweis dafür ist Theophil. I. 5. pr., welcher um den Begriff des Personenrechts zu erläutern, Beispiele aus dem öffentlichen Recht wählt. In Marcians Institutionen war auch das Strafrecht abgehandelt.

5) Nämlich bei der Lehre von der capitis deminutio, Gaius I. 159 —163., tit. J. (1. 16).

6) Fr. 1. §. 1. D. de divis. rer. (1. 8), §. 2. J. de reb. incorpor. (2. 2).

Lehre von den Sachen, die im zweiten und dritten Buche vorkommt, noch in demselben dritten Buche die Lehre von den Obligationen folgt, und erst mit den Actionen ein neues Buch anfängt. Für die andere Meinung hingegen spricht der freilich nicht ganz zureichende Grund, dass zur juristischen Natur einer Obligation wesentlich auch ein Klagrecht gehört[7]), und dass eine jede Klage, rühre sie her oder gehe sie auf welchen Gegenstand sie wolle, nach den römischen Ansichten durch die Litiscontestation und Condemnation eine Obligation bewirkte. Es sind also darüber verschiedene Gesichtspunkte möglich, und wenn man sich darüber verständigt, so ist die Frage, welche von Beiden bei Gajus und in den Institutionen wirklich zum Grunde liege, wenig erheblich.

457. Hier ist nun die Lehre von dem Subject der Rechtsverhältnisse im Allgemeinen an die Spitze zu stellen. Diese ist gleichbedeutend mit der Lehre von der Rechtsfähigkeit; denn um Rechtsverhältnisse zu haben, muss man sie vor Allem haben können. Nach der Ansicht der Römer gieng aber alle Rechtsfähigkeit vom Staate aus. Diese vom Staate einem Menschen zuerkannte Eigenschaft, wodurch er erst eine Person im Sinne des Rechts ist, nennen sie das caput[8]). In der Vollständigkeit, wie es der römische Bürger hat, leiteten sie die darin begriffenen Rechte aus einer dreifachen Quelle ab: aus der Eigenschaft als freier Mensch, aus der Eigenschaft als römischer Bürger, und aus der Mitgliedschaft in einer Familie[9]). Demgemäss konnte das

---

7) Auf diesen Grund stützt sich Theophil. III. 14. pr. IV. 6. pr., welcher allerdings die Obligationen zu dem dritten Theil zieht. Allein ganz erschöpfend ist dieser Grund nicht, weil in dem Theile von den Actionen nicht blos Klagen aus Obligationen, sondern auch dingliche und Andere vorkommen.

8) §. 4. J. de capit. demin. (1. 16). Servus nullum caput habet. Caput in diesem Sinne ist ein alter Rechtsausdruck, und kommt bei Cicero mehrfach vor.

9) Fr. 11. D. de capite minut. (4. 5). Tria enim sunt, quae habemus, libertatem, civitatem, familiam. Die Neueren haben daraus

caput eines römischen Bürgers auch eine dreifache Verminderung erleiden[10]: die grösste, wenn die Freiheit und mit ihr alle Rechtsfähigkeit verloren gieng; die mittlere, wenn man die Civität verlor, aber doch die Freiheit behielt; und die geringste, wenn blos die Familie verändert wurde[11]. Von diesen drei Zuständen kann aber der dritte erst unten bei der Lehre von der Familie erklärt werden. Hier sind daher nur die beiden Anderen abzuhandeln.

458. Die Freiheit rührt zwar an sich auch nach der römischen Ansicht aus dem natürlichen Rechte her[12]; allein um daraus positive juristische Wirkungen ableiten zu können, musste sie dem oben erwähnten Gesichtspunkte gemäss eine vom römischen Staate anerkannte Freiheit sein[13]. Diese wurde erworben durch Geburt und durch eine unter den gesetzlichen Bedingungen vollzogene Freilassung. Zum Schutze derselben diente unter Anderen ein eigenes prätorisches Interdict[14]. Verloren wurde sie zur Strafe in

die technischen Ausdrücke status libertatis, civitatis und familiae gebildet. Dass diese aber unrömisch sind, zeigt Savigny System II. Beilage VI. Ueber den Grundbegriff der libertas und civitas hat Vangerow Liberti Iuniani §. 14., Lehrbuch der Pandekten I. §. 34., eine eigenthümliche Ansicht aufgestellt. Sclave sei derjenige gewesen, woran ein Anderer, frei derjenige, der selbst an sich das Eigenthum gehabt. War dieses Letztere das quiritische Eigenthum, so war man civis; war es blos das natürliche, so hatte man nur die Rechte des Ius gentium. Mit Recht erklären sich aber gegen diese Theorie Puchta Institutionen II. §. 218., Böcking Institutionen I. §. 33.

10) Der Ausdruck capite se deminuere findet sich schon bei Cicero Topic. 4., Festus v. deminuere.

11) Gaius I. 159—62., Ulpian. XI. 10—13., fr. 11. D. de capite minut. (4. 5), pr. §. 1. 2. 3. J. de capit. deminut. (1. 16).

12) Fr. 4. D. de iustitia (1. 1).

13) Daher war der Peregrine, mit dessen Volk man nicht im Vertrage stand, auf römischem Boden doch rechtlos (§. 79). Eben so tritt die Unterscheidung zwischen der blos factischen und der quiritischen Freiheit in der Lehre von der Freilassung hervor. Auf diese Unterscheidung deuten auch mehrere Stellen, Cicero pro Caecina 33., adv. Rullum II. 27., Seneca nat. quaest. III. praef.

14) Interdictum de libero homine exhibendo, Paul. sent. rec. V. 6. §. 14., fr. 1. 2. 3. pr. D. de homine libero (43. 29).

mehreren Fällen[15]), und auch wenn ein Römer im Kriege von dem feindlichen Volke oder im Frieden von einem Volke, womit man gar nicht in Tractaten stand, zum Sclaven gemacht wurde[16]), weil, wo der Staat über seine Gränzen hinaus keinen Rechtsschutz gewähren konnte, die Macht der Thatsachen entschied. Doch galt eben darum, wenn er zurückkehrte, das Recht des Postliminiums[17]), das heisst, das Recht trat für den Zurückgekehrten wieder in seine Macht zurück, so als ob jene Thatsache nie existirt hätte[18]). Starb er in der Gefangenschaft, so wurde er nach der Fiction der lex Cornelia in allen seinen juristischen Beziehungen so behandelt, als ob er im letzten Augenblicke seiner Freiheit verstorben wäre[19]). Dieses beruhte darauf, dass man der von dem fremden Volke bewirkten Thatsache doch keine Einwirkung auf die Rechtsverhältnisse im römischen Staate zugestehen konnte. War der gefangene Römer von einem Römer mit Geld ausgelöst worden, so kam er zwar aus der eigentlichen servitus heraus; allein er blieb wie ein Pfand in der Gewalt des Käufers, und die Rechtsidee des Postliminiums fieng erst nach der Erstattung des Lösegeldes an[20]).

459. Die Civität gewährte die Fähigkeit zu allen besonderen Rechten und Vorzügen, welche nach der Natur

---

15) Davon wird in der Lehre von der Knechtschaft die Rede sein.

16) Fr. 5. §. 1. 2. D. de captiv. (49. 15). Er erlitt dadurch eine capitis deminutio, Caesar. de bello civ. II. 32.

17) Davon handelt Hase Das Ius Postliminii und die Fictio Legis Corneliae. Halle 1851.

18) Cicero Topic. 8., Festus v. postliminium, Gaius I. 129., fr. 4. 5. 12. 16. 19. D. de captiv. (49. 15), §. 5. J. quib. mod. patr. potest. solvit. (1. 12). Man erklärt dieses gewöhnlich durch eine juristische Fiction; so auch noch Hase. Allein dawider erklärt sich mit Recht Voigt Ius naturale II. 51.

19) Fr. 18. 22. D. de captiv. (49. 15), fr. 15. pr. D. de usurp. (41. 3).

20) Fr. 20. §. 1. D. qui testam. facere (28. 1), fr. 3. §. 3. D. de homine libero (43. 29), fr. 15. 19. §. 9. fr. 21. D. de captiv. (49. 15), c. 2. 6. C. de postlim. revers. (8. 51), c. 2. §. 1. C. Th. de postlim. (5. 5).

der Sache und nach der Ansicht der Römer Ausfluss des Staates sind. Sie begriff also namentlich die Theilnahme an der Staatsgewalt durch das Stimmrecht in den Comitien und die Fähigkeit zur Magistratur; das Recht der Provocation; den Schutz gegen Leibesstrafen; das Klagrecht vor den römischen Gerichten [21]; und im Privatrecht die Agnation und Gentilität; das connubium, die Fähigkeit zur römischen Ehe mit den vollen daraus fliessenden civilrechtlichen Wirkungen; die den Römern eigenthümlichen Gewaltverhältnisse; das commercium, mancipium, nexum, die Fähigkeit zum römischen Eigenthum und Geschäftswesen; die testamenti factio, das Recht zu testiren und in Testamenten eingesetzt zu werden. Doch konnte es Bürger geben, denen einzelne Rechte mangelten, wie die Freigelassenen, die zwar Stimmrechte nicht aber die Fähigkeit zur Magistratur hatten.

460. Die Civität wurde auf dreifache Weise erworben: durch Abstammung, durch Verleihung und durch Freilassung. Dieser letztere Punkt kann nur im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen unten im dritten Kapitel deutlich gemacht werden. Durch Abstammung konnte die Civität entweder dadurch erworben werden, dass sie vom Vater angezeugt, oder dadurch dass sie von der Mutter durch die Geburt mitgetheilt war. Angezeugt konnte sie nur dann werden, wenn der Vater selbst die Civität und zwar im Augenblick der Zeugung gehabt [22], und zwischen ihm und der Mutter eine Ehe mit connubium bestanden hatte, weil das connubium überhaupt bewirkte, dass die Kinder dem Stande des Vaters folgten [23]. Angeboren wurde sie von der Mutter, wenn diese als römische Bürgerin aus einer Ehe ohne connubium oder aus einem ganz ausser-

21) Man sehe §. 104. 352.

22) Gaius I. 89., Ulpian. V. 10.

23) Gaius I. 56. 57. 67. 80., Ulpian. V. 8., fr. 19. D. de statu hemin. (1. 5). Wenn aise die Mutter eine Latine eder Peregrine war, se musste zu der Ehe das eonnubinm besenders gewährt werden sein, senst wurden die Kinder nicht römisch.

ehelichen Umgang das Kind zur Welt gebracht hatte. Denn da durch ein blos natürliches Verhältniss kein quiritischer Zustand, wie die Civität, fortgepflanzt und erworben werden konnte, so folgte das Kind der natürlichen Regel gemäss dem Stande der Mutter, und zwar demjenigen, den sie im Augenblick der Geburt hatte[24]). Die Anwendung dieser Regel wurde jedoch in dem Falle bedenklich, wenn eine Römerin mit einem Peregrinen in einer Ehe stand, wozu sie das connubium nicht erhalten hatte[25]). Daher verfügte die lex Mensia, dass dann das Kind Peregrine werden sollte[26]). Diese lex begriff unter Peregrinen auch die Bewohner der künstlichen latinischen Städte[27]). Nachdem aber die Römer und Provinzialen sich überhaupt näher gekommen waren, änderte ein Senatusconsult unter Hadrian das Princip, indem nun bei der Ehe einer Römerin mit einem Peregrinen, so als wenn zwischen beiden connubium bestände, die Kinder dem Stande des Vaters kraft rechter Zeugung, also nicht mehr nach dem Grunde jener lex, folgen sollten[28]). Nach dieser Analogie wurde selbst, wenn eine Peregrine in der Ehe mit einem Peregrinen ein Kind concipirt, aber vor der Geburt die Civität erhalten hatte, das Kind nicht mehr als Römer geboren, sondern es blieb Peregrine, wie es gezeugt war[29]).

461. Durch Verleihung erhielten die Civität theils Einzelne[30]), theils ganze auswärtige Staaten, bald mit bald ohne suffragium[31]). Das Eine wie das Andere hieng von

24) Cicero Topic. 4., Gaius I. 67. 80. 88—92., Ulpian. V. 8. 9. 10., fr. 24. D. de statu homin. (1. 5).

25) Ein Beispiel ist bei Livius XXXVIII. 36.

26) Ulpian. V. 8., Gaius I. 78. Die Existenz der lex Mensia bestreitet jedoch Puchta Institutionen II. §. 217. Note h., welcher statt dieses Namens bei Ulpian lex Aelia Sentia lesen will. Ihm folgt Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 26.

27) Gaius I. 79. Man sehe §. 246. 318.

28) Gaius I. 77.

29) Gaius I. 92.

30) Man sehe §. 98. 352.

31) Man sehe §. 90. 100. 101. 102. 258. 260. 317.

der Bewilligung des Volkes oder später des Kaisers ab. Zu Gunsten der alten Latiner und später der Bewohner der künstlichen latinischen Staaten gab es jedoch Gesetze, wodurch der Erwerb der Civität ohne Weiteres an gewisse Thatsachen geknüpft war[32]). Aehnliche Begünstigungen wurden auch den Freigelassenen zu Theil, die nach den Bestimmungen der lex Junia nicht die Civität, sondern die künstliche Latinität erhalten hatten[33]). Davon wird aber der Deutlichkeit wegen besser unten bei der Freilassung gehandelt. Erhielt ein Peregrine die Civität, womit eine römische Bürgerin in einer Ehe stand, so wurde das von ihm als Peregrinen gezeugte aber noch nicht geborene Kind als Bürger geboren; eben so wenn Einer mit seiner schwangern Ehefrau zusammen die Civität erhielt[34]). Beides beruht wie es scheint auf positiven Bestimmungen; denn wenigstens das Erstere steht mit dem im Senatusconsult unter Hadrian aufgestellten Gesichtspunkt nicht ganz im Einklang[35]).

462. Verloren wurde die Civität, wenn ein Bürger zur Strafe vom Staate ausgewiesen oder deportirt wurde[36]). Dieses wirkte jedoch nicht gegen die Kinder, die bereits als Bürger gezeugt waren. Selbst also, wenn eine Frau, die in rechter Ehe concipirt hatte, vor der Geburt des Kindes das Bürgerrecht verlor, so wurde dieses doch noch als Bürger geboren[37]). Ferner verlor man die Civität durch Uebersiedlung in einen fremden Staat, selbst in einen föderirten[38]), daher auch durch Verpflanzung in eine latinische Colonie[39]), weil es Grundsatz war, dass ein Römer nicht

32) Man sehe §. 227. 230. 246. 318.

33) Man sehe §. 354.

34) Gaius I. 92. 94.

35) Man sehe die Note 28.

36) Gaius I. 128. 161., fr. 10. §. 6. D. de in ius voc. (2. 4), §. 2. J. de capit. deminut. (1. 16). Davon wird noch im Strafrecht die Rede sein.

37) Gaius I. 90., fr. 18. D. de statu homin. (1. 18).

38) Cicero pro Balbo 11.

39) Man sehe §. 225.

zu gleicher Zeit Bürger zweier Staaten sein könnte[40]; desgleichen durch postliminium, wenn ein Kriegsgefangener, der bei den Römern durch Freilassung das Bürgerrecht erlangt hatte, zu den Seinigen zurückkehren wollte[41]. Endlich gehört auch hieher der Fall, wenn ein Römer von seinem Vater ausser Landes verkauft[42], oder nach dem völkerrechtlichen Brauch von den Fecialen ausgeliefert worden war[43]. Im letzten Falle stritt man nur darüber, ob die Civität gleich nach beschlossener Dedition oder erst nach geschehener Annahme verloren gehe[44]. Nach wirklich eingetretenem Verlust fand aber so wenig wie im ersten Fall ein postliminium statt[45].

463. Auf die Rechtsfähigkeit ist auch die Ehre von wesentlichem Einfluss. Ehre im moralischen Sinne ist der Besitz der unverletzt bewahrten sittlichen Würde. Zu einem juristischen Begriff wird diese dadurch, dass der Staat als eine Gemeinschaft sittlicher Wesen die Reinerhaltung der sittlichen Würde bei seinen Bürgern will und stillschweigend voraussetzt, und nur in dieser Voraussetzung ihnen den Genuss der vollen Rechtsfähigkeit gewährt. Diese bei jedem Bürger vorausgesetzte sittliche Würde oder Ehrenhaftigkeit mit dem daraus fliessenden Recht auf Achtung und Anerkennung macht die dignitas oder Ehrenhaftigkeit im bürgerlichen Sinne aus, und der Besitz dieser dignitas bildet die bürgerliche Ehre (existimatio). In so fern deren Grundlage etwas Sittliches ist, kann sie nur durch eine unsittliche Handlung, durch ein Vergehen, vermindert werden. In so fern sie aber ein vom Staate anerkanntes Recht ist, kann die Frage, ob und welches Vergehen eine rechtliche Verminderung derselben bewirken soll, nur durch

40) Cicero pro Caecina 34., pro Balbo 11.

41) Cicero pro Balbo 11. 12., de orat. I. 40., fr. 5. §. 3. D. de captiv. (49. 15).

42) Cicero pro Caecina 34.

43) Man sehe §. 75. 79.

44) Cicero de orat. I. 40., Topica 8., fr. 17. D. de legation. (50. 7).

45) Cicero de orat. I. 40.

das Gesetz bestimmt werden. Diese Verminderung kann entweder eine blosse Schmälerung oder eine gänzliche Zerstörung der bürgerlichen Ehre sein[46]). Eine Schmälerung tritt ein, wo Einer, während er civis bleibt, an seiner Ehrenhaftigkeit durch Entziehung einzelner bürgerlicher Rechte gestraft wird[47]). Die gänzliche Zerstörung geschieht, wo das Bürgerrecht oder gar die Freiheit zur Strafe entzogen wird[48]). So fein ausgebildet aber auch das System der Ehrenstrafen war, so blieben doch immer Handlungen möglich, die an sich unsittlich und unehrenhaft sind, woran aber doch das Gesetz keine Verminderung der bürgerlichen Ehrenhaftigkeit knüpfte. Das sittliche Gefühl des Volkes bezeichnete aber auch diese durch die Ausdrücke turpitudo, ignominia, infamia, turpis existimatio[49]). Allerdings ist dieses an sich nur etwas Thatsächliches. Allein die sittliche Natur der bürgerlichen Gesellschaft ist so mächtig, dass auch das bürgerliche Recht und der Richter sich der Berücksichtigung dieser Thatsache, des factischen bösen Leumundes, nicht überall ganz entziehen kann; so bei der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses[50]), bei der Uebertragung einer Vormundschaft[51]).

464. Zur Beurkundung des bürgerlichen Standes, so weit dessen Kenntniss für den Staat wichtig war, dienten seit Servius Tullius die Censuslisten für die Bürger[52]), Freigelassenen[53]) und Aerarier[54]); später die denselben

46) Callistratus in fr. 5. §. 1. D. de extr. cognit. (50. 13). Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

47) Fr. 5. §. 2. D. de extr. cognit. (50. 13). Manente libertate. Dass hier und im §. 3. die libertas im quiritischen Sinne, als die volle echte Freiheit des civis, gemeint sei, habe ich schon 1820 nachgewiesen: Ueber Ehre und Injurien (Neues Archiv des Criminalrechts IV. 133). Das Nähere über die Ehrenstrafen folgt im Buch V. Kap. IV.

48) Fr. 5. §. 3. D. de extr. cognit. (50. 13).

49) Nachweisungen giebt Rein Privatrecht S. 130—132.

50) Fr. 2. 3. pr. D. de testib. (22. 5).

51) Fr. 17. §. 1. D. de testam. tut. (26. 2).

52) Man sehe §. 28. 29. 180. 261. 323. 324.

53) Man sehe §. 28. 105.

nachgebildeten Steuerrollen[55]). Schon früher muss es aber bei jeder gens ähnliche Verzeichnisse ihrer Mitglieder gegeben haben; auch richtete Servius Tullius daneben ein Mittel ein, um sich jährlich aus den Land- und Stadttribus wenigstens eine Gesammtübersicht des Populationszustandes der Plebejer zu verschaffen[56]). Damit hängt zusammen, dass später die Sterbfälle beim Tempel der Libitina angezeigt wurden[57]). Unter den Kaisern wurde aber, um misslichen Contestationen über den Personenstand vorzubeugen, die genaue Führung von Geburtregistern durch die Ortsbehörde eingerichtet[58]). Von der Art, wie solche Statusklagen behandelt wurden, wird im Process die Rede sein.

465. Was nun zunächst die Rechtsverhältnisse an Personen betrifft, so sind diese nach der Natur der Sache entweder Familien- oder Schutz- oder Gewaltverhältnisse. Gajus und die Institutionen befolgen jedoch diese Eintheilung nicht, sondern behandeln zuerst den Unterschied der Freigeborenen und Freigelassenen, dann die Gewaltverhältnisse sowohl an servi als an Freien, endlich die Personen die in einer tutela oder cura stehen. Diese Anordnung ist jedoch unvollständig; namentlich finden die Familienverhältnisse als solche darin keinen Platz, sondern sie kommen nur vor als Begründung oder bei der Aufhebung eines Gewaltverhältnisses. Um Alles zu umfassen soll daher hier zuerst die Lehre von der servitus, der Freilassung und dem in dem römischen System höchst unvollständig erwähnten Patronatrechte, dann die Gewaltverhältnisse über Freie, dann die Familienverhältnisse als solche, endlich die Tutel und Cura abgehandelt werden.

54) Man sehe §. 118.
55) Man sehe §. 322.
56) Dionys. IV. 15.
57) Sueton. Nero 19.
58) Man sehe §. 324.

Zweites Kapitel.

Von dem Zustand der Knechte.

466. Nach dem allgemeinen Gebrauch des Alterthums [1]), welcher besonders mit dem damaligen Kriegsrecht zusammenhängt [2]), gab es bei den Römern schon in der ältesten Zeit einen erblichen Stand von Unfreien. Der Zustand derselben war durch die Sitte im Allgemeinen so bestimmt, dass ihr Dasein als schlechthin nur dem Hause des Herrn angehörend den Staat unmittelbar gar nicht berührte und für diesen nicht in Betracht kam. Sie hatten daher nur den Herrn über sich, und dieser war wegen ihrer Behandlung lediglich seinem Gewissen verantwortlich. Hieraus folgerte nun das positive Recht mit der den Römern eigenthümlichen verstandesmässigen Consequenz, dass derjenige, welcher so ganz in der Hand und Gewalt eines Anderen, also ohne eigenen Willen der Gegenstand eines unumschränkten fremden Willens sei, im Sinne Rechtens keine Person wäre. Die Gewalt über ihn fiel mit dem Begriff von Eigenthum zusammen [3]); er konnte vom Herrn verkauft [4]), ja an Leib und Leben gestraft werden [5]), und wurde mit Klagen gegen ihn vor Gericht nicht gehört [6]). Ueber-

1) Fr. 4. D. de iustit. (1. 1), fr. 4. D. de statu homin. (1. 5), Gaius I. 52.

2) Man sehe §. 78.

3) Fr. 215. D. de verb. sign. (50. 16), Gaius I. 54. Savigny System I. §. 55. will am Sclaven dominium und potestas als zwei ganz verschiedene Beziehungen unterscheiden; dieses scheint mir aber nicht begründet.

4) Wie hartherzig dabei Cato verfuhr, beschreibt Plutarch. Cato mai. 8. Uebereinstimmend ist Cato de re rust. 2.

5) Gaius I. 52. Beispiele einer Geisselung bis zum Tode und einer Castration, die der Herr an seinen Knechten vollziehen liess, geben Dionys. VII. 69., Plutarch. Cato mai. 21., Appian. de bell. civ. I. 98.

6) Fr. 53. D. de iudic. (5. 1), fr. 7. D. de l. Cornel. de fals. (48. 10).

haupt war er vom Schutz und von der Gemeinschaft des Rechts ausgeschlossen[7]; daher fand auch unter und mit Knechten keine Ehe, sondern blos ein factisches Contubernium statt[8].

467. Anders war freilich ihr Verhältniss dem Gewissen nach und den Göttern gegenüber. In den Zeiten alter guter Sitte wurden sie ordentlich gehalten, assen häufig mit dem Herrn an demselben Tisch, waren die Erzieher und Gespielen seiner Kinder und nahmen wie Glieder der Familie an den Begebnissen des Hauses Theil[9]. Auch wurde der Hausvater, der seine Knechte misshandelte oder verhungern liess, von den Censoren als ein schlechter Bürger gestraft[10]. Eben so wirkte die Religion günstig für sie auf die Sitten ein. An den Saturnalien erfreuten sie sich der vollen Freiheit und der Tischgenossenschaft mit dem Herrn[11], und an den Compitalien brachten sie selbst wie Freie die Opfer dar[12]. Auch wurde durch die Beerdigung eines Knechtes der Ort zu einem religiösen gemacht[13].

468. Dieses Alles wirkte mit der Zeit auch auf das positive Recht mildernd ein. Man erkannte an, dass der Knecht nach dem natürlichen Verstande doch immer ein Mensch und den Andern gleich sei[14]. Eine lex Petronia, vielleicht schon unter August, und mehrere darauf sich beziehende Senatusconsulte verboten bei Strafe einen Knecht, selbst wenn er Züchtigung verdient hätte, eigenmächtig

7) Fr. 3. D. de capit. minut. (4. 5), fr. 20. §. 7. D. qui testam. fac. (28. 1), fr. 7. D. de l. Cornel. de fals. (48. 10), fr. 32. D. de regul. iur. (50. 17), §. 4. J. de cap. demin. (1. 16).

8) Paul. sent. rec. II. 19. §. 6., c. 3. C. de incest. nupt. (5. 5). Wie es der Herr damit factisch hielt, zeigt Varro de re rust. I. 17, 5.

9) Plutarch. Coriolan. 24., Cato mai. 3. 20. 21., Macrob. Saturn. I. 7. 10. 11., Plinius hist. nat. XXXIII. 6 (1)., Seneca epist. 47.

10) Dionys. fragm. XX. 1. ed. Mai.

11) Macrob. Saturn. I. 7. 10. 11., Cato de re rust. 57 (58).

12) Dionys. IV. 14., Cato de re rust. 5.

13) Fr. 2. pr. D. de religios. (11. 7).

14) Fr. 32. D. de regul. iur. (50. 17).

zum Kampfe mit den Bestien zu verkaufen [15]). In diesem Geiste wurde dann bald überhaupt einen Knecht ohne Zuziehung der Obrigkeit am Leben zu strafen untersagt [16]), die eigenmächtige Tödtung [17]), ausser den gesetzlich vorgesehenen Fällen [18]), und die Castration [19]) für ein öffentliches Verbrechen erklärt, und wegen grausamer Behandlung, unzureichender Kost und unkeuschen Zumuthungen den Knechten eine Beschwerde bei der Obrigkeit gestattet [20]). Auch bei Veräusserungen entstand die humane Einschränkung, dass die nächsten Angehörigen nicht getrennt werden dürften [21]). Später wurde sogar bei den Knechten, die auf den Landgütern dienten und mit in die Steuerrollen eingetragen waren, die Trennung vom Gute ganz untersagt [22]). In Beziehung auf ihre Ehen blieb es zwar beim alten Recht; es konnte daher von und an ihnen kein Ehebruch begangen werden [23]); doch aber wurden die aus ihren

15) Fr. 11. § 1. 2. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), fr. 42. D. de contrah. emt. (18. 1). Ein Beispiel giebt Gellius V. 14. Jene lex Petronia ist von der lex Petronia de praefectis durchaus verschieden (Kap. XXXV. Note 25).

16) Spartian. Hadrian. 18.

17) Sueton. Claud. 12., Gaius I. 53., fr. 1. §. 2. D. de his qui sui (1. 6), §. 2. J. de iis qui sui (1. 8), fr. 1. §. 2. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), c. 1. C. de emend. servor. (9. 14).

18) Fr. 24. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5), fr. 1. §. 4. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8). Auf solche Fälle beziehen sich fr. 53. §. 3. D. de legat. I. (30), fr. 96. D. de verb. obl. (45. 1). Selbst im Fall eines nicht auf frischer That ertappten Ehebruchs musste der Herr eine gerichtliche Anklage anstellen, fr. 5. D. de accus. (48. 2), fr. 1. §. 5. D. de off. praef. urb. (1. 12). Eine andere Auslegung giebt von der ersten Stelle Geib Röm. Criminalprocess S. 460.

19) Sueton. Domit. 7., fr. 3. §. 4. fr. 4. §. 2. fr. 6. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), Paul. sent. rec. V. 23. §. 13.

20) Seneca de benef. III. 22., fr. 1. §. 8. D. de off. praef. urb. (1. 12), Gaius I. 53., Collat. leg. Mosaic. III. 3., fr. 1. §. 2. fr. 2. D. de his qui sui (1. 6), §. 2. J. de iis qui sui (1. 8).

21) Fr. 35. D. de aedilit. edict. (21. 1), c. 11. C. comm. utr. iudic. (3. 38).

22) C. 7. C. de agricol. (11. 47).

23) Fr. 6. pr. D. ad l. Iul. de adulter. (48. 5), c. 23. 24. C. ad l. Iul. de adulter. (9. 9).

Verbindungen entstehenden Verwandtschaften nach der Freilassung als Ehehindernisse berücksichtigt[24]).

469. Dritten Personen gegenüber wurden die Knechte im bürgerlichen Rechte ebenfalls nach einem aus sächlichen und allgemein menschlichen Rücksichten gemischten Gesichtspunkte behandelt. Zunächst kam allerdings bei einer ihnen zugefügten Verletzung das persönliche oder Vermögensinteresse des Herrn in Betracht. Darauf bezogen sich bestimmte Privatklagen, die dem Herrn wegen der Tödtung oder Verletzung seines Knechts[25]), wegen schwerer Misshandlungen[26]), wegen Verführung desselben zu schlechten Handlungen[27]), insbesondere auch wegen der Verführung einer ledigen oder im Contubernium lebenden Sclavin[28]) zustanden. Allein bei einer Tödtung wurde doch auch die gewöhnliche Criminalklage wie beim Todschlag eines Freien gestattet[29]), und eine Misshandlung oder Infamation nicht blos wegen der damit verbundenen Beschimpfung des Herrn, sondern auch blos des Knechtes willen geahndet[30]), also in so weit doch in ihm das rein Menschliche anerkannt. Ein wider ihn ausgestossenes Schimpfwort oder ein gewöhnlicher Faustschlag gieng freilich ungestraft hin[31]), und darin zeigte sich auch im gewöhnlichen Leben der weite Abstand zwischen dem Knechte und dem freien Bürger.

470. Hinsichtlich des Vermögens war es eine natürliche Folge der angenommenen Grundansicht, dass der

24) Fr. 14. §. 2. 3. D. de ritu nupt. (23. 2), §. 10. J. de nupt. (1. 10).

25) Gaius III. 210. 217.

26) Gaius III. 223., fr. 15. §. 34. 35. D. de iniur. (47. 10), §. 3. J. de iniur. (4. 4).

27) Fr. 1. D. de servo corrupto (11. 3).

28) Fr. 25. D. de iniur. (47. 10), fr. 6. pr. D. ad l. Iul. de adulter. (48. 5), Paul. sent. rec. I. 13. §. 6.

29) Fr. 23. §. 9. D. ad l. Aquil. (9. 2), fr. 1. §. 2. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), Gaius III. 213., §. 11. J. de lege Aquil. (4. 3). Davon handelt Huschke Gajus S. 104—107.

30) Fr. 15. §. 35. 44. D. de iniur. (47. 10).

31) Fr. 15. §. 44. D. de iniur. (47. 10), §. 3. J. de iniur. (4. 4).

Knecht nichts Eigenes haben konnte, sondern dass er wie ein Werkzeug Alles für den Herrn erwarb[32]). Im Leben stellte sich dieses freilich ganz anders dar. Die Knechte, deren die reichen Römer oft eine ungeheure Anzahl besassen[33]), wurden keineswegs blos zu gemeinen Verrichtungen, sondern auch als Handwerker, Kunstarbeiter, Schreiber, Oeconomen, Procuratoren, Handlungsfactoren, Schauspieler, Declamatoren, Chirurgen, Aerzte und Hauslehrer gebraucht, und konnten durch Fleiss und Ersparniss[34]), oft auch durch Vorschüsse, die ihnen der Herr zu seinem eigenen Interesse machte[35]), ein Vermögen zur eigenen abgesonderten Bewirthschaftung erhalten. Dem Rechte nach gehörte ein solches Peculium zwar immer noch zum Vermögen des Herrn[36]), und konnte von diesem nach Belieben eingezogen werden[37]). Allein in der That geschah dieses selten. Es war vielmehr Sitte, den Knechten, wenn sie ihr Peculium auf eine bestimmte Summe bringen würden, die Freiheit zu versprechen[38]); milde Herren liessen sie gar darüber auf dem Sterbebett verfügen[39]), und selbst das positive Recht betrachtete, wenigstens bei der Freilassung unter Lebenden, das Peculium als mit geschenkt, wenn es nicht ausdrücklich vorbehalten worden wäre[40]). Durch dieses Peculienwesen konnten auch zwischen dem Knecht und dem Herrn oder Gliedern seines Hauses Darlehn und andere Geschäfte vorkommen[41]). Eine klagbare juristische

32) Gaius I. 32. II. 86—89. 91—95.

33) Tacit. ann. III. 53. XIV. 43. 44., Athenaeus VI. 7., Seneca de tranquill. vitae c. 8., Plinius hist. nat. XXXIII. 47 (10).

34) Fr. 39. D. de peculio (15. 1).

35) Plutarch. Cato mai. 21.

36) Fr. 37. §. 1. D. de acquir. rer. domin. (41. 1). pr. J. quib. non permitt. (2. 12).

37) Fr. 8. D. de peculio (15. 1).

38) Dionys. IV. 24., Tacit. ann. XIV. 42.

39) Plinius epist. VIII. 16.

40) Fragm. Vatic. §. 261., fr. 53. D. de peculio (15. 1), c. un. C. de peculio eius (7. 23), §. 20. J. de legat. (2. 20).

41) Fr. 49. §. 2. D. de peculio (15. 1).

Verbindlichkeit entstand freilich daraus nicht[42]; doch aber war es im natürlichen Sinne immer eine Schuld, gleichsam eine Ehrenschuld[43]. Wenn daher der Herr dem Knecht nach der Freilassung freiwillig gezahlt hatte, so konnte er das Gezahlte nicht als eine Nichtschuld zurückfordern[44]; und dasjenige, was der Knecht dem Herrn schuldig war, kam nicht blos, wenn das Peculium etwa an die Creditoren vertheilt werden musste, durch Abzug zur Sprache[45], sondern es konnte sich auch, wenn der Knecht dafür einen Freien oder Freigelassenen zum Bürgen stellte, eine bürgerliche Verbindlichkeit daran knüpfen[46].

471. In der Concedirung eines Peculiums lag stillschweigend für den Knecht die Berechtigung, in so weit auch Schulden zu contrahiren. Daher gestattete das prätorische Recht aus dessen Rechtsgeschäften billigerweise dritten Personen gegen den Herrn eine Klage auf Zahlung, so weit das Peculium reichte[47]; nur musste diese Klage, wenn der Knecht gestorben, veräussert oder manumittirt worden, nach einer positiven Bestimmung des Edictes binnen einem Jahre erhoben werden[48]. Der Herr war jedoch befugt, das was er selbst am Knecht zu fordern hatte, vor Allen abzuziehen[49], weil es hier überhaupt darauf ankam, wer sich zuerst meldete[50]. Häufig hatte ein Knecht in seinem Peculium selbst Knechte unter sich, die dann oft auch wieder eigene Peculien hatten[51]. Diese gehörten

42) Gaius IV. 78., Seneca de benef. III. 19.

43) Fr. 19. §. 4. D. de donat. (39. 5).

44) Fr. 64. D. de cond. indeb. (12. 6).

45) Fr. 5. §. 4. fr. 9. §. 2. D. de pecul. (15. 1).

46) Gaius III. 119., §. 1. J. de fideiuss. (3. 20).

47) Gaius IV. 73., §. 4. J. quod cum eo (4. 7), fr. 1. 4. D. de peculio (15. 1).

48) Fr. 1. D. quando de peculio (15. 2).

49) Fr. 1. §. 2. D. de tribut. act. (14. 4), fr. 5. §. 4. fr. 9. §. 2. 3. 4. fr. 11. §. 2. D. de peculio (15. 1).

50) Fr. 10. 21. pr. D. de peculio (15. 1).

51) Diese hiessen servi vicarii im Gegensatz der servi ordinarii.

aber zu dem Hauptpeculium und hafteten mit für dessen Schulden, daher auch für die Abzüge, die der Herr zu machen hatte[52]). Eine Modification bestand übrigens, wenn ein Knecht in seinem Peculium mit Vorwissen des Herrn einen Handel getrieben hatte. Hier war bei einer eintretenden Verschuldung der Herr nicht mit seinen Forderungen bevorzugt, sondern er musste das Vorhandene unter alle Gläubiger, sich eingeschlossen, gleichmässig vertheilen, und konnte wegen unrechter Vertheilung mit der tributorischen Klage belangt werden[53]).

472. Die Knechte wurden aber vom Herrn im bürgerlichen Leben noch auf andere Art verwendet, und dafür stellte das Edict ebenfalls angemessene Bestimmungen auf. Häufig gab der Herr einem seiner Knechte den Auftrag ein Geschäft für ihn abzuschliessen; dann fand daraus eine volle Klage gegen den Herrn statt[54]). Oft setzte Einer seinen Knecht über ein Frachtschiff oder als Factor über einen Kramladen oder Handlungszweig; dann konnte er aus den Geschäften, die derselbe in dieser Eigenschaft abschloss, mit der exercitorischen oder institorischen Klage belangt werden[55]). Endlich kam es vor, dass ein Knecht ein Geschäft zwar ohne Vorwissen des Herrn, aber doch für diesen und dessen Nutzen geführt hatte; dann konnte daraus gegen diesen, wenigstens so weit die nützliche Verwendung nachweisbar war, geklagt werden[56]).

473. In allen diesen Fällen wurde der Herr durch die Geschäfte des Knechts obligirt, weil dieser dabei unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Gutheissung des

52) Fr. 17. D. de peculio (17. 1), Theophil. IV. 7. §. 4.

53) Gaius IV. 72., §. 3. J. quod cum eo (4. 7), fr. 1. 7. D. de tribut. act. (14. 4).

54) Gaius IV. 70., fr. 1. D. quod iussu (15. 4), §. 1. J. quod cum eo (4. 7).

55) Gaius IV. 71., §. 2. J. quod cum eo (4. 7), fr. 1. D. de exercit. act. (14. 1), fr. 1. 3. 5. D. de instit. act. (14. 2).

56) Gaius IV. 73. 74., §. 4. 5. J. quod cum eo (4. 7), fr. 1. D. de in rem verso (15. 3).

Herrn und als dessen Werkzeug gehandelt hatte. Es war aber auch möglich, dass ein Knecht ganz selbstständig ein Geschäft eingieng[57]. Die Forderung, die daraus entstand, erwarb dann doch schlechthin der Herr[58]. Die dadurch contrahirten Schulden giengen ihn aber nichts an, weil ein freier Mann nur durch seinen eigenen nicht durch einen fremden Willen obligirt werden konnte. Gegen den Knecht entstand zwar daraus eine Verbindlichkeit, jedoch blos eine natürliche[59], und diese wurde auch nach der etwa eingetretenen Freilassung nicht klagbar[60]. Doch konnten dafür gültigerweise Bürgen und Pfänder bestellt werden[61].

474. Die Vergehen der Knechte wurden nach folgenden Regeln behandelt. Häusliche Vergehen und Beschädigungen ahndete der Herr durch eine angemessene Züchtigung[62], und diese konnte bei schweren Verbrechen in der älteren Zeit selbst bis zu Todesstrafen gehen, die er durch seine anderen Knechte vollstrecken liess[63]. Später musste er wegen Todesstrafen die Obrigkeit angehen[64]; die anderen Zuchtmittel blieben aber in seiner Hand[65]. Eben deshalb entstand für den Herrn aus einem gegen ihn begangenen Delicto seines Knechtes nie eine obligatio, weil er sich durch Züchtigung Genugthuung nehmen konnte[66]. Ein von einem Knecht gegen einen Dritten verübtes Delict begründete aber wider ihn eine vollständige klagbare obligatio; nur konnte freilich die Klage erst im Falle der

57) Davon handelt Savigny System II. §. 65. und Beilage IV.

58) §. 1. J. de stipul. servor. (3. 17).

59) Gaius III. 119., fr. 14. D. de oblig. (44. 7).

60) Paul. sent. rec. II. 13. §. 9., c. 1. 2. C. an servus (4. 14).

61) Fr. 13. pr. D. de cond. indeb. (12. 6), fr. 21. §. 2. D. de fideiuss. (46. 1).

62) Cato de re rust. 5.

63) Dionys. VII. 69., Plutarch. Cato mai. 21.

64) Man sehe §. 468.

65) Fr. 24. §. 3. D. de pigner. act. (13. 7), fr. 24. §. 5. D. sol. matrim. (24. 3), c. 1. 2. C. Th. de emend. servor. (9. 12).

66) Gaius IV. 78., §. 6. J. de noxal. act. (4. 6), fr. 17. pr. D. de furt. (47. 2), c. 6. C. an servus (4. 14).

Freilassung etwas helfen[67]). Gegen den Herrn entstand aber daraus eine Noxalklage, kraft welcher er entweder Ersatz leisten oder den Knecht hingeben musste[68]). Letzteres geschah in den gewöhnlichen Formen der quiritischen Eigenthumsübertragung[69]). Stellte sich der Herr der Klage nicht, so führte der Kläger den Knecht auf Befehl des Prätors heim und erwarb dann daran das prätorische Eigenthum[70]). Der Knecht konnte jedoch, wenn er den Schaden abverdient hatte, auf Freilassung klagen[71]). Criminalverbrechen gegen Dritte oder gegen das Leben des Herrn wurden aber vor den öffentlichen Gerichten peinlich verfolgt[72]); doch wurde auch dann zuweilen die Vollstreckung des Todesurtheils dem Herrn überwiesen[73]).

475. Im Interesse der gemeinen Sicherheit gab es gegen die Knechte noch mancherlei besondere Bestimmungen. Hatte der Herr einen Knecht, von dem er für sich oder für Andere Gefahr fürchtete, unter der Bedingung verkauft, dass er exportirt werden, oder dass er sich nicht an einem gewissen Orte aufhalten sollte, so war der Käufer daran strenge gebunden[74]). Kehrte daher der Knecht mit Zulassung des Käufers an den verbotenen Ort zurück, so verlor dieser das Eigenthum an demselben, und der Verkäufer konnte ohne Weiteres an ihn Hand anlegen[75]), wenn er sich dieses bedungen hatte; sonst aber verfiel der Knecht dem Fiscus[76]). Kam er als Freigelassener zurück, so wurde

67) Gaius IV. 77., fr. 14. D. de oblig. et act. (44. 7).

68) Gaius IV. 75—78., tit. J. de noxal. act. (4. 8), fr. 1. 2. D. de noxal. act. (9. 4), fr. 17. §. 4. D. de iniur. (47. 10).

69) Dieses ergiebt sich aus Gaius IV. 79.

70) Fr. 2. §. 1. D. si ex noxali (2. 9), fr. 26. §. 6. D. de nox. act. (9. 4).

71) §. 3. J. de noxal. act. (4. 7).

72) Das Nähere im Buch V. Kap. III.

73) Plutarch. Cato mai. 21., Monum. Ancyr. tab. II. a dextra lin. 1. 2. 3.

74) Fr. 1. D. de serv. export. (18. 7).

75) Fr. 9. D. de serv. export. (18. 7), Fragm. Vatic. §. 6.

76) C. 1. 2. C. de serv. export. (4. 55).

er von Staatswegen in ewige Knechtschaft verkauft[77]). Das Verbot einer Stadt galt stillschweigend als das Verbot der Hauptstadt Rom; das Verbot einer Provinz als Verbot Italiens[78]); nicht aber umgekehrt[79]). Ein anderer wichtiger Punkt war das Entfliehen der Knechte. Um diesem zu steuern war die Aufnahme und Verheimlichung flüchtiger Knechte strenge untersagt[80]), den Herrn die Verfolgung möglichst erleichtert und die Obrigkeiten angewiesen, ihnen dabei überall hülfreiche Hand zu leisten[81]). Um auch den Herrn selbst zur Nachspürung anzuhalten und um einem entsprungenen Knechte die Möglichkeit abzuschneiden, sich durch einen Unterhändler um eine geringe Summe ankaufen zu lassen, war sowohl die Veräusserung wie der Erwerb flüchtiger Knechte im Allgemeinen bei Strafe verboten[82]), und nur auf den Fall des wirklichen Einfangens erlaubt[83]). Mit dem Einfangen beschäftigten sich die Fugitivarier wie mit einem Gewerbe[84]); doch scheinen später daraus selbst Unterschleife entstanden zu sein[85]). An den Rechten des Herrn konnte übrigens das Entlaufen nichts mindern; denn es war, als ob der Knecht sich selbst gestohlen hätte[86]); er blieb daher juristisch im Besitz des Herrn[87]) und konnte nie usucapirt werden[88]).

77) C. 1. 3. C. de serv. export. (4. 55), Fragm. Vatic. §. 6.

78) Fr. 5. D. de serv. export. (18. 7), c. 5. C. de serv. export. (4. 55).

79) Fr. 2. D. de serv. export. (18. 7).

80) Fr. 1. pr. §. 1. D. de fugitiv. (11. 4), c. 4. 7. C. de serv. fugit. (6. 1).

81) Fr. 1. §. 2—8. fr. 3. 4. D. de fugit. (11. 4), Paul. sent. rec. I. 6 A. §. 3. 4. 5., c. 2. C. de serv. fugit. (6. 1).

82) Paul. sent. rec. I. 6 A. §. 2., fr. de iure fisci §. 9., fr. 2. §. 3. D. de l. Fabia (48. 15), c. 6. C. ad l. Fabiam (9. 20).

83) Fr. 2. §. 1. 2. D. de l. Fabia (48. 15), c. 7. C. ad l. Fabiam. (9. 20).

84) Florus III. 19., Paul. sent. rec. I. 6 A. §. 1., fr. 18. D. prae. script. verb. (19. 5).

85) C. 1. C. Th. si vagum petat. mancip. (10. 12).

86) Fr. 60. D. de furt. (47. 2).

87) Fr. 50. §. 1. D. de adquir. possess. (41. 2).

88) C. 1. C. de serv. fugit. (6. 1), §. 1. J. de usucap. (2. 6).

476. Sieht man auf die Entstehungsarten der Knechtschaft, so wurde Einer entweder als Knecht geboren, oder künstlicher Weise dazu gemacht[89]). Geboren wurde er, gemäss der im natürlichen Recht gegründeten Regel[90]), wenn die Mutter im Augenblick der Geburt sich in der Knechtschaft befand[91]). Später wurde jedoch aus Begünstigung der Freiheit angenommen, dass wenn auch die Mutter zur Zeit der Geburt in der Knechtschaft, allein in der Zeit bis zur Conception rückwärts nur einen Augenblick frei gewesen wäre, das Kind als Freier geboren würde[92]). Andere Ausnahmen wurden durch das SC. Claudianum (805) für die drei Fälle eingeführt, wo eine Freie sich mit dem servus eines Anderen mit Zustimmung des Herrn in ein contubernium begeben, wo ein Freier mit einer ancilla, die er irrig für eine Freie gehalten, eine Ehe eingegangen, und wo eine Freie wissentlich im contubernium mit dem servus eines Anderen ohne Uebereinkunft mit dessen Herrn Kinder erzeugt hätte. Im ersten Falle kam es für den Stand der Frau und der Kinder auf die Verabredung mit dem Herrn an, wodurch es möglich wurde, dass die Frau frei blieb, aber Unfreie zur Welt brachte, welche Anomalie aber Hadrian aufhob. Im zweiten Falle sollten die Töchter der Mutter folgen, die Söhne aber, obwohl von einer ancilla geboren, Freie sein, welche Anomalie aber schon Vespasian aufhob. Im dritten Fall sollten die Kinder, obwohl von einer Freien geboren, doch Alle unfrei werden[93]).

89) §. 3. J. de iure person. (1. 3).

90) Man sehe §. 460.

91) Gaius I. 82. 88. 89. 91., Ulpian. V. 9. 10.

92) Paul. sent. rec. II. 24. §. 1. 2. 3., fr. 5. §. 2. 3. D. de statu homin. (1. 5), pr. J. de ingen. (1. 4).

93) Gaius I. 83—86. Beim zweiten und dritten Fall könnte man zweifeln, ob davon jenes Senatusconsult oder nicht vielmehr eine andere ungenannte lex gehandelt habe. Letzteres ist die Meinung von Bethmann-Hollweg, Huschke, Rein. Dawider sind aber Zimmern I. §. 22. Note 14., Rudorff I. §. 46. Ganz singulär war, dass die von einem servus fiscalis mit einer Freien erzeugten Kinder Latiner werden sollten, c. 3. C. Th. ad SC. Claudian. (4. 9).

Künstlicher Weise entstand die Knechtschaft durch Gefangenschaft im Kriege, nach dem allgemeinen Völkerbrauch [94]). Ferner wurde nach dem alten Recht derjenige, der sich beim Census [95]) oder bei der Aushebung zu den Legionen nicht stellte [96]), als Knecht in oder ausserhalb des Landes, und dann natürlich ohne postliminium [97]), verkauft. Auch verlor zur Strafe derjenige die Freiheit, welcher sich wissentlich, um den Käufer zu prellen, hatte als Knecht verkaufen lassen [98]). Ferner sollten nach dem SC. Claudianum, wenn eine Freie sich wissentlich mit einem servus in ein contubernium begeben, nicht nur die Kinder Unfreie werden, sondern auch die Frau selbst, wenn sie auf die Denuntiation des Herrn nicht abliesse, ihm mit ihrem Vermögen verfallen [99]). Erst Justinian hat dieses wieder aufgehoben [100]). Endlich gehört auch hieher der erst unter den Kaisern entstandene Rechtssatz, dass ein zum Tode, zum Bergbau, zu den Thierkämpfen, zu den gladiatorischen und den Jagdspielen verurtheilter Freier durch die Natur dieser Strafen um seine Freiheit gebracht würde und als Knecht verstürbe [101]). Er konnte daher keinen letzten Willen hinterlassen [102]). Früher bestand diese Ansicht nicht [103]), sondern

94) §. 3. J. de iure person. (1. 3). Man sehe dazu §. 197.

95) Man sehe §. 180.

96) Man sehe §. 193.

97) Cicero de orat. I. 40.

98) Fr. 7. pr. §. 1. 2. 3. fr. 14. 23. pr. fr. 40. D. de liberali causa (40. 12), fr. 1. 3. 5. D. quib. ad libert. proclam. (40. 13), c. 1. C. quib. ad libert. proclam. (7. 18), §. 3. J. de iure person. (1. 3).

99) Tacit. ann. XII. 53., Sueton. Vespas. 11., Ulpian. XI. 11., Gaius I. 86. 91. 160., Paul. sent. rec. II. 21 A., tit. C. Th. ad SC. Claudian. (4. 11).

100) C. un. C. de SC. Claudiano tollendo (7.24), §. 1. J. de success. sublat. (3. 12).

101) Fr. 8. §. 11. 12. D. de poen. (48. 19), §. 3. J. quib. mod. patr. potest. (1. 12). §. 1. J. de capit. demin. (1. 16).

102) Fr. 8. §. 4. D. qui testam. facere (28. 1), fr. 6. §. 6. 7. D. de iniusto (28. 3). Eine Ausnahme galt bei militärischen Verbrechen, fr. 1. D. de veteran. success. (38. 12).

103) Cicero de invent. II. 50., Auctor ad Herenn. I. 13.

unstreitig ist sie erst durch die Vermögensconfiscationen aufgekommen. Der Verurtheilte war also in der That Knecht, allein ohne einen Herrn; nicht also ein Knecht des Fiscus oder des Kaisers. Die ihm zugeschriebenen Erbschaften und Vermächtnisse fielen daher nicht dem Staate zu, sondern galten als nicht geschrieben [104]). Justinian hat den Zustand darin gemildert, dass bei den zum Bergbau Verurtheilten die Ehe rechtsgültig fortbestehen sollte [105]). Von diesen Fällen abgesehen konnte kein Freier seine Freiheit verlieren, weder durch Privat-Uebereinkunft [106]) noch durch Verjährung [107]). Auch wenn Einer irrigerweise für einen Knecht gehalten und als solcher manumittirt worden, so präjudicirte dieses der Ingenuität nicht [108]).

477. Beendigt wurde die Knechtschaft theils durch Freilassung, wovon gleich ausführlich zu handeln ist, theils in mehreren Fällen, wo die Freiheit zur Belohnung des Knechts oder zur Bestrafung des Herrn von Rechtswegen eintrat; so nach dem Silanianischen Senatusconsult unter August bei dem Knecht, welcher den Mörder seines Herrn [109]), oder nach späteren Constitutionen, welcher einen begangenen Mädchenraub [110]), einen Falschmünzer [111]) oder einen Deserteur anzeigte [112]); ferner wenn der Herr einen Knecht

---

104) Fr. 25. §. 2. 3. D. de acquir. vel omitt. haered. (29.2), fr. 3. pr. D. de his quae pro non script. (34. 8), fr. 17. pr. D. de poen. (48 19), fr. 12. D. de iure fisci (49. 14).

105) Nov. 22. c. 8.

106) Cicero pro Caecina 34., fr. 37. D. de liber. causa (40. 12), c. 10. C. de liber. causa (7. 16).

107) Gaius II. 48., c. 6. C. de ingen. manum. (7. 14), c. 3. C. de longi tempor. praescr. (7. 22).

108) Paul. sent. rec. V. 1. §. 2., §. 1. J. de ingen. (1. 4).

109) Fr. 5. D. qui sine manumiss. (40. 8), fr. 4. pr. D. de bon. libert. (38. 2), fr. 3. §. 4. D. de suis (38. 16), c. 1. C. pro quib. caus. (7. 13).

110) C. 1. C. Th. de raptu (9. 24), c. 3. C. pro quib. caus. (7. 13).

111) C. 2. C. Th. de falsa moneta (9. 21), c. 2. C. pro quib. caus. (7. 13).

112) C. 4. C. Th. de desertor. (7. 18), c. 4. C. pro quib. caus. (7. 13).

wegen Alters oder Krankheit verstiess[113]), oder eine gekaufte Unfreie der beim Ankauf übernommenen Bedingung zuwider prostituirte[114]), was später allgemein ausgedehnt wurde[115]); desgleichen wenn ein Jude seine christlichen Knechte beschnitt[116]). Endlich auch durch Verjährung konnte Freiheit entstehen[117]), so wie durch Aufnahme unter die Cubicularier[118]), und durch den Eintritt in den geistlichen oder Mönchsstand, dieses jedoch mit gewissen Beschränkungen[119]).

Drittes Kapitel.

Von den Freigelassenen.

478. Von der grossen Bedeutung der Freigelassenen und ihrer Stellung im bürgerlichen Leben ist schon im öffentlichen Recht gesprochen worden[1]). Diese Bedeutung zeigt sich auch in der Genauigkeit und Umständlichkeit, womit die Gesetzgebung und Jurisprudenz ihre privatrechtlichen Verhältnisse behandelte. Es lassen sich darin drei Gesichtspunkte unterscheiden. Der Eine ist der formell juristische, wegen der Beziehung zur quiritischen Freiheit als der Grundlage aller civilrechtlichen Verhältnisse. Der

113) Sueton. Claud. 25., Dio Cass. LX. 29., fr. 2. D. qui sine manumiss. (40. 8). c. un. §. 3. C. de latin. libert. (7. 6), nov. 22. c. 12.

114) Fr. 7. pr. D. de iure patron. (37. 14), fr. 6. §. 1. fr. 7. D. qui sine manumiss. (40. 8), c. 1. 2. 3. C. si mancip. (4. 56), c. un. §. 4. C. de latin. libert. (7. 6).

115) C. 14. C. de episc. audient. (1. 4).

116) C. 1. C. Th. ne christian. mancip. (16. 9), c. 1. 2. C. ne christian. mancip. (1. 10).

117) Fr. 16. §. 3. D. qui et a quibus (40. 9), c. 1. 2. 3. C. de longi tempor. praescript. quae pro libert. (7. 22), c. 3. 5. C. Th. de liber. causa (4. 8).

118) C. 3. C. de praeposit. sacri cubicul. (12. 5).

119) Nov. 5. c. 2. §. 1., nov. 123. c. 17. 35.

1) Man sehe §. 105. 106. 253. 254. 255. 421.

Zweite ist der sittliche, wegen des zwischen dem Freigelassenen und dem Freilasser auch juristisch fortbestehen sollenden Verhältnisses der Dankbarkeit. Der Dritte ist der politische, wegen der Wichtigkeit, welche die Zahl, die Moralität und die Leitung der Freigelassenen für den Staat hat.

479. Nach der späteren Zusammensetzung des römischen Staates konnte es, nach der Person des Freilassers betrachtet, eine dreifache Klasse von Freigelassenen geben: solche die von einem römischen Bürger, solche die von einem Latiner, und solche die von einem Peregrinen oder Provinzialen freigelassen waren. Hinsichtlich der zweiten Klasse weiss man, dass es dafür eine Freilassung vor dem Stadtmagistrat und ein Patronatrecht gab[2]); hinsichtlich der dritten, dass es dabei auf die lex peregrina ankam[3]). Mehr ist davon nicht bekannt, weshalb sich die Darstellung auf die erste Art beschränken muss. Ueber diese war das Recht der ältesten Zeit sehr einfach; waren die zu einer echten Freilassung vorgeschriebenen Bedingungen erfüllt, so gewährte sie die echte Freiheit mit Bürgerrecht; waren sie nicht erfüllt, so hatte sie gar keine juristische Wirkungen. Später wurde aber das Recht durch viele künstliche Bestimmungen verwickelt. Die lex Aelia Sentia (757) erkannte bei denen, die gegen ihre Bestimmungen freigelassen waren, doch zum Theil eine beschränkte Freiheit im Sinne Rechtens an. Die lex Junia (772) bildete dieses noch mehr aus und gewährte den Freigelassenen, die wegen eines juristischen Mangels nicht Bürger wurden, doch in den meisten Fällen eine gesetzliche Freiheit mit den Rechten der Latiner[4]). Diese complicirte

2) Lex municip. Salpens. c. 28. 23.

3) Man sehe Kap. XXXVI. Note 46.

4) Man sehe über beide Gesetze vorläufig die §. 354. 355. Die römischen Juristen haben den Inhalt Beider in ein einziges System zusammengezogen, und reden daher zuweilen so, dass der Schein entstehen könnte, als ob die lex Aelia Sentia schon Latiner jener Art gekannt habe, Gaius I. 29. 31. 80. Dieses wäre aber nur in zwei Fällen möglich: entweder wenn sie jünger wäre, wie die lex Iunia,

Lehre ist nun im Einzelnen so zu behandeln, dass zuerst die Formen, dann die übrigen Bedingungen der Freilassung, hierauf deren Wirkungen, endlich einige besondere Beziehungen derselben zum Eherecht und zur Civität dargestellt werden sollen.

480. Die Form der Freilassung konnte im alten Recht nur eine dreifache sein[5]): durch vindicta, indem ein Vertreter des Knechtes denselben gegen dessen Herrn vor der rechtmässigen Obrigkeit zum Scheine in die Freiheit vindicirte, und die Obrigkeit ihn, weil der Herr gleich nachgab, für frei erklärte[6]); durch den Census, indem man seinen Knecht als Freigelassenen anmeldete[7]); endlich durch eine in directen Ausdrücken abgefasste testamentarische Erklärung[8]). Daneben wird noch eine Manumission der sacra wegen erwähnt[9]); allein die Bedeutung derselben ist ungewiss.

481. Von jenen drei Formen war die erste auch in den Provinzen anwendbar, nämlich vor den Statthaltern[10]) und selbst vor den Municipalmagistraten, wenn sie legis actio hatten[11]). Man machte es sich dabei immer mehr be-

oder wenn sie selbst sehen das Verhältniss der Latinität erfunden hätte. Gegen Beides reden aber andere Gründe; man muss daher jenen Schein auf die angegebene Art erklären. Man sehe über diese Frage Vangerow über die latini Iuniani §. 2.

5) Vindicta, censu, testamento, Gaius I. 17., Ulpian. I. 6., Fragm. de manumiss. §. 6., Boeth. ad Topic. 2.

6) Ulpian. I. 7., Livius II. 5. XLI. 9., Festus v. manumitti, sertorem, Appian. de bell. civ. IV. 135., fr. 23. D. de manumiss. vindicta (40. 2), Theophil. I. 5. §. 4.

7) Ulpian. I. 8., Fragm. de manumiss. §. 19., Theophil. I. 5. §. 4.

8) Ulpian. I. 9. II. 7. 8., Gaius II. 267.

9) Festus v. manumitti, puri. Vielleicht steht damit in Verbindung das liberare sacratienis nexu bei Servius ad Aen. XI. 558. 591. 830.

10) Ulpian. I. 7., Plinius epist. VII. 16., fr. 17. 21. D. de manumiss. vindicta (40. 2).

11) Paul. sent. rec. I. 25. §. 4., c. 4. C. de vindicta (7. 1). Zu beschränkend äussert sich darüber Mommsen Stadtrechte von Salpensa S. 434. 435.

quem [12]), so dass der Prätor oder Proconsul selbst an jedem beliebigen Orte im Vorbeigehen manumittiren konnte [13]). Die Manumission durch den Census, wiewohl sie auch in den Provinzen möglich war [14]), kam aber ausser Gebrauch [15]). Hingegen die Freilassung durch ein Testament blieb nicht nur in Uebung, sondern erhielt auch noch eine erweiterte Anwendung. Nachdem nämlich seit August den Fideicommissen oder blos bittweise auferlegten Vermächtnissen überhaupt bindende Kraft beigelegt worden war, wurde auch die Erfüllung einer obgleich nur fideicommissarisch hinterlassenen Freilassung als eine Verpflichtung des Erben angesehen. Freilich erhielt hier der Knecht seine Freiheit nicht wie bei der directen Freilassung unmittelbar vom Verstorbenen, sondern nur aus der Hand des Erben, der sich dazu einer der beiden obigen Formen bedienen musste [16]). Doch aber konnte dieser, wenn er sich weigerte, gerichtlich gezwungen werden [17]). Das SC. Rubrianum unter Trajan (854) sicherte die Erfüllung des Fideicommisses auch in dem Falle, wenn der Erbe sich zu stellen weigerte [18]), das SC. Dasumianum (854) in dem Falle, wo er abwesend wäre [19]), und das SC. Articuleianum (854) bekleidete auch die Statthalter in den Provinzen mit der dazu nöthigen Gerichtsbarkeit, wenn auch der Erbe nicht aus derselben Provinz wäre [20]). Das SC. Vitrasianum unter Ha-

12) Fr. 8. 23. D. de manumiss. vindicta (40. 2).

13) Gaius I. 20., Plinius epist. VII. 16., fr. 7. 8. D. de manumiss. vindicta (40. 2), §. 2. J. de libertin. (1. 5).

14) Plinius epist. X. 22., Fragm. de manumiss. §. 19. Man vergleiche §. 323.

15) Ulpian. I. 8.

16) Ulpian. II. 7—11., Gaius II. 263—67., §. 2. J. de singul. reb. (2. 24), Theophil. I. 14. §. 1.

17) Fr. 53. D. de iudic. (5. 1), fr. 44. D. de fideic. libert. (40. 5).

18) Fr. 26. §. 7—11. fr. 27. fr. 28. pr. §. 1. 2. 3. fr. 33. §. 1. fr. 36. pr. fr. 49. D. de fideic. libert. (40. 5). Ueber das Alter der drei Senatusconsulte sehe man Rudorff in Savigny Zeitschr. XII. 307—311.

19) Fr. 22. §. 2. fr. 36. pr. fr. 51. §. 4. 5. 6. D. de fideic. libert. (40. 5).

20) Fr. 51. §. 7. D. de fideic. libert. (40. 5).

drian schützte die Freiwerdung auch in dem Falle, wo der Erbe unmündig oder sonst handlungsunfähig[21]), oder ohne Nachfolger verstorben[22]), und das SC. Iuncianum unter Commodus in dem Falle, wo der zu Manumittirende nicht im Vermögen des Testators wäre[23]). Endlich verordnete Justinian, dass überhaupt bei jeder Verzögerung der Freilassung der Knecht durch richterliche Sentenz unmittelbar, so als ob vom Testator selbst, frei erklärt werden sollte[24]). Die Anrufung der Obrigkeit war jedoch in allen Fällen, wenn der Erbe nicht freiwillig erfüllte, um zur Freiheit zu gelangen, nothwendig[25]).

482. Neben jenen drei alten quiritischen Formen bediente man sich zur Freilassung häufig auch einer blos natürlichen Form, einer Erklärung unter Freunden, der Zuziehung zur Tafel, oder eines einfachen Briefes[26]). Eine echte quiritische Freiheit entstand aber daraus nicht, sondern nur ein factisches Freisein[27]). Schon frühe nahm jedoch der Prätor diesen Zustand gegen den Herrn, der den Freigelassenen wieder als Knecht behandeln wollte, in Schutz[28]). Später knüpfte die lex Junia Norbana (772)[29]) daran bür-

21) Fr. 30. D. de fideic. libert. (40. 5).

22) Fr. 5. D. de fideic. libert. (40. 5).

23) Fr. 28. §. 4. fr. 47. §. 1. fr. 51. §. 8. D. de fideic. libert. (40. 5).

24) C. 15. C. de fideicomm. libert. (7. 4).

25) C. 4. 11. C. de fideicomm. libert. (7. 4).

26) Theophil. I. 5. §. 4.

27) Seneca de vita beata 24.

28) Gaius III. 56., Fragm. de manumiss. §. 6. 7. 10. Clodius hatte den Gedanken solchen Freilassungen die vollen bürgerlichen Wirkungen beizulegen; allein dieses gelang nicht. Darauf bezieht sich die von Peyron und Beier restituirte Stelle pro Milone 12. Die Richtigkeit dieser Ergänzung bestreitet jedoch Rein Privatrecht S. 590.

29) Von dem Namen und Ursprung dieser lex handelt Huschke Gajus S. 59. Ueber das Datum derselben zeigt sich bei Mommsen der Einfluss seiner eigenthümlichen irrigen Ansicht (§. 353. Note 25. §. 438. Note 8). Zuerst blieb er noch bei der gewöhnlichen Meinung stehen, Stadtrechte von Salpensa S. 391. Später aber verlegte er diese lex ans Ende der Republik, Ueber das visellische Gesetz (Bekker Jahrbuch 1858. S. 338).

gerliche Wirkungen und ertheilte den unfeierlich Manumittirten unter den Voraussetzungen, unter welchen ihnen der prätorische Schutz zugesichert war, die Rechte der künstlichen Latiner [30]).

483. Durch Constantin wurden zur Erleichterung der Manumissionen neben der Freilassung durch vindicta und durch Testament zwei neue Formen eingeführt, welche wie Jene die volle Freiheit mit Civität gewähren sollten: die Freilassung in der Kirche vor der versammelten Gemeinde mit Aufnahme einer Urkunde darüber, und wenn der Freilasser ein Geistlicher war, die Freilassung durch jede bestimmte Willenserklärung, unter Lebenden wie auf dem Sterbebett, in oder ausserhalb der Kirche [31]). Hinsichtlich der übrigen unfeierlichen Manumissionsformen blieb es aber dabei, dass sie nicht die Civität sondern die Latinität bewirkten. Erst Justinian hob diesen Unterschied auf, indem er aus den vielen Fällen, in welchen bis dahin die Latinität entstand, bestimmte Arten hervorhob und an diese die volle Freiheit mit Civität knüpfte, den übrigen aber alle Wirkung absprach [32]).

484. Ausser der Form gehörte zu einer echten Freilassung, dass der Freilasser den Knecht in seinem vollen Eigenthum hatte. War das Eigenthum an demselben getheilt, so bewirkte eine Freilassung durch den, der das blosse quiritische Eigenthum hatte, für den Knecht nichts; und die Freilassung durch den, welcher ihn nur in bonis hatte, bewirkte ein blos factisches Freisein mit prätorischem Schutz, bis dass die lex Junia daran die Rechte der Latinität knüpfte [33]). Was im ersten Fall aus dem quiritischen Recht wurde, ist nicht klar; im zweiten dauerte dasselbe,

30) Gaius III. 56., Fragm. de manumiss. §. 8. 9. 10., Ulpian. I. 10.

31) Sozomen. hist. eccl. I. 9., c. 1. 2. C. de his qui in eccles. manum. (1. 13), c. un. C. Th. de manumiss. in eccles. (4. 7).

32) C. un. C. de latina libertate tollenda (7. 6), §. 3. J. de libertin. (3. 5), Theophil. I. 5. §. 4.

33) Gaius I. 17. III. 56., Ulpian. I. 16. 23., Fragm. de manumiss. §. 11., Theophil. I. 5. §. 4.

wie auch nach einer unfeierlichen Manumission, an dem Latiner fort[34]). Diese Theilung der Eigenthumszustände mit ihren Folgen hörte durch Justinians Verordnung ebenfalls auf[35]).

485. Andere eigenthümliche Beschränkungen entstanden unter Octavian, wo Leichtsinn, Eitelkeit und Speculation auf die öffentlichen Spenden schaarenweise Freilassungen veranlassten und dieses die Aufmerksamkeit der Gesetzgebung im höchsten Grade in Anspruch nahm[36]). Erstlich versperrte die lex Aelia Sentia den wegen schwerer Verbrechen zur Bestrafung gekommenen Knechten den Weg zur Civität gänzlich, indem sie durch die Freilassung nur die Rechte der peregrini dediticii erlangen könnten[37]). Justinian hob aber diese Unterscheidung auf[38]). Zweitens setzte dieselbe lex für den freizulassenden Knecht ein Alter von mindestens dreissig Jahren fest. Freigelassene unter diesem Alter sollten nicht anders zur Civität gelangen können, als wenn sie durch vindicta und mit Nachweisung trifftiger Gründe vor einem dazu in Rom und in den Provinzen eigends angeordneten consilium manumittirt würden[39]). Die durch vindicta, jedoch ohne consilium, und die durch Census oder Testament Freigelassenen unter dreissig Jahren erhielten nach dem System der lex Junia die Latinität[40]). Wie ihr Zustand vorher nach der lex Aelia Sen-

34) Man vergleiche dazu unten Note 99.

35) C. un. C. de nudo iure Quirit. tollendo (7. 25).

36) Dionys. IV. 24., Sueton. Octav. 40., Dio Cass. LV. 13.

37) Gaius I. 13. 14. 15., Ulpian. I. 11., Theophil. I. 5. §. 3. Als besonderes Vorbild sollen nach Huschke Census S. 164. die bestraften abtrünnigen Völkerschaften Italiens gedient haben (§. 215). Anders Voigt Ius naturale II. 501. 502. 759—762., welcher dieses Vorbild besonders in den Besiegten der Sclavenkriege findet. Diese Hypothesen sind aber weder erweislich noch Bedürfniss.

38) C. un. C. de dediticia libertate tollenda (7. 5), §. 3. J. de libertin. (1. 5).

39) Gaius I. 18—21., Ulpian. I. 12. 13a. 14., Theophil. I. 6. §. 4., Fragm. de manumiss. §. 19. Eine darauf bezügliche Inschrift giebt Mommsen in Savigny Zeitschr. XV. 368.

40) Gaius I. 17. 29. 31., Theophil. I. 5. §. 4.

tia war, ist sehr bestritten [41]). Merkwürdig ist, dass diese lex für sie eine besondere Eheform aufstellte [42]), also in so weit ihre Freiheit doch auch vor dem Gesetz anerkannte [43]). Justinian hat aber diese Rücksicht aufs Alter ganz abgeschafft [44]). Drittens schrieb die lex Aelia Sentia für den Herrn ein Alter von mindestens zwanzig Jahren oder in dessen Ermanglung wie vorhin eine Untersuchung durch das consilium vor, widrigenfalls wirkte die Freilassung, selbst die testamentarische, gar nichts [45]). Justinian behielt diese Beschränkung im Ganzen bei und machte nur eine

41) Es handelt sich dabei zunächst um die verdorbene Stelle des Ulpian. I. 12. Einige werfen hier das unhaltbare Wort Caesaris aus. Andere verändern es in senatus oder censuve oder in den Namen eines Juristen. Vangerow schneidet den ganzen Mittelsatz ideo — putat als Glossem weg. Das Sachliche betreffend giebt es nun folgende Meinungen. Die Meisten glauben, die Freilassung der minores XXX annorum vindicta sine consilio oder censu habe gar keine Wirkungen, und die durch Testament nur ein factisches Freisein mit prätorischem Schutze erzeugt; so Zimmern Rechtsgesch. I. §. 208., Böcking Institutionen I. §. 47. Eine andere Meinung ist, der durch vindicta Manumittirte sei ein freier Nichtrömer wie ein gewöhnlicher Peregrine geworden (was jedoch mit Ulpian in Widerspruch steht); und der durch Testament Freigelassene habe ein Freisein mit prätorischem Schutz erlangt; so Puchta Institutionen II. §. 213. Note xx. Eine dritte Meinung ist, der minor XXX annorum manumissus habe, wenn er nicht civis geworden, doch immer ein geschütztes in libertate esse erlangt; so Vangerow Latini Iuniani §. 5. 6. 7., der die Schwierigkeiten der anderen Meinungen gut nachgewiesen hat. Dafür erklärt sich auch A. Schmidt (Freiburger Festprogramm 1856. S. 20—33), welcher Caesaris in Cassius und noch Anderes im Texte ändert. Ihm stimmt bei Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 26. Note 4. Einen sehr begründeten Einwand erhebt aber dawider Rein Privatrecht S. 586.

42) Gaius I. 29.

43) Durch diesen Umstand ist Burchardi Rechtsgesch. I. §. 80. bestimmt worden, schon der lex Aelia Sentia die Erfindung der Latinität beizulegen. Puchta bezieht jene Bestimmung blos auf die durch vindicta ohne consilium Manumittirten; umgekehrt Zimmern §. 214. blos auf die durch Testament Freigelassenen.

44) C. 2. C. communia de manumiss. (7. 15).

45) Gaius I. 38—41., Ulpian. I. 13., Fragm. de manumiss. §. 15. Bei der Freilassung durch einen latinus colonarius bildeten die Decurionen seiner Stadt das consilium, Lex municip. Salpens. c. 28.

Ausnahme bei der Freilassung durch ein Testament[46]). Viertens wurde jede zum Nachtheile der Creditoren der Erbmasse verordnete Freilassung für unwirksam erklärt[47]), was auch im Justinianischen Recht noch gilt[48]). Fünftens endlich wurde durch die lex Furia Caninia (711) und durch mehrere sich darauf beziehende Senatusconsulte bei letztwilligen Freilassungen eine bestimmte Zahl, die nicht überschritten werden durfte, festgesetzt[49]). Justinian hat dieses aber aufgehoben[50]).

486. Abgesehen von diesen positiven Bestimmungen gab es noch andere aus allgemeinen Rechtsgründen hervorgehende Beschränkungen der Manumissionen. Stand der Knecht mehreren Herren gemeinschaftlich zu, so konnte die Freilassung blos durch Einen, weil Theilung unmöglich war, nichts helfen, sondern sein Antheil accrescirte den Andern[51]). Allmählig suchte man dieses aber im Interesse der Freiheit zu mildern, und endlich verordnete Justinian ganz allgemein, dass wenn auch nur Einer manumittiren wollte, die Uebrigen genöthigt werden könnten, ihren Antheil zum Zwecke der vollen Freilassung gegen den gesetzlich bestimmten Preis zu verkaufen[52]). Stand ein Knecht im Ususfructus eines Anderen, so bewirkte die Freilassung durch den Eigenthümer zwar Befreiung von diesem, allein der Ususfructus dauerte an ihm als einem Knecht fort. Er war daher einstweilen ein Knecht ohne

46) Fr. 6. 11—16. 19. 20. D. de manumiss. vindicta (40. 2), §. 4—7. J. qui et quib. ex caus. (1. 6), nov. 119. c. 2.

47) Gaius I. 37. 47., Ulpian. I. 15., Fragm. de manumiss. §. 18.

48) Fr. 11. fr. 16. §. 2. fr. 27. pr. D. qui et a quib. manum. (40. 9), c. 1. C. qui manumitt. (7. 11), pr. §. 3. J. qui et quib. ex caus. (1. 6).

49) Gaius I. 42—46. II. 228., Ulpian. I. 24., Paul. sent. rec. IV. 14.

50) C. un. C. de lege Fusia Caninia tollenda (7.3), §. un. J. de lege Fusia Caninia tollenda (1. 7).

51) Ulpian. I. 18., Paul. sent. rec. IV. 12. §. 1., Fragm. de manumiss. §. 12.

52) C. un. C. de communi servo manumisso (7. 7), §. 4. J. de donation. (2. 7).

Eigenthümer[53]; aber nach Beendigung des Usufructus wurde er frei[54]. Justinian hat dieses aber dahin geändert, dass er gleich als Freigelassener gelten, jedoch wie ein Knecht bei dem Usufructuar bleiben sollte[55]. Hatte umgekehrt der Usufructuar den Knecht manumittirt, so blieb dieser zwar unfrei, musste aber, so lange der Usufructuar lebte, vom Herrn mit Dienstanforderungen verschont werden[56]. War der Knecht einem Anderen verpfändet, so konnte er, wenn dieses Pfand ein specielles war, ohne Zustimmung des Pfandgläubigers nicht manumittirt werden[57], wohl aber, wenn der Knecht nur im Allgemeinen mit dem übrigen Vermögen zusammen verpfändet war[58]. War ein Knecht unter der ausdrücklichen Bedingung, ihn nicht freizulassen, erworben, oder dessen Freilassung von der Obrigkeit verboten worden, so fruchtete eine Manumission nichts[59]. Ob Einer, der einen gefangenen Knecht aus der feindlichen Gefangenschaft angekauft hatte, wirksam manumittiren könnte, war wegen des Einlösungsrechts des früheren Eigenthümers zweifelhaft, wurde aber zu Gunsten der Freiheit bejaht[60]. Freilassungen endlich, die ein Kind in der väterlichen Gewalt auf Geheiss des Vaters vornahm, galten so, als ob dieser selbst sie vorgenommen hätte[61]; anders war es bei Freilassungen, welche er durch ein emancipirtes Kind, oder welche die Mutter hatte vollziehen

53) Ulpian. I. 19., Fragm. de manumiss. §. 13.

54) Fr. 9. §. 20. D. de hered. instit. (28. 5).

55) C. 1. pr. C. communia de manumiss. (7. 15).

56) C. 1. pr. C. communia de manumiss. (7. 15).

57) Fr. 3. D. de manumiss. (40. 1), fr. 4. 5. 26. 27. §. 1. D. qui et a quib. manum. (40. 9), c. 1. 6. C. de servo pignor. dato (7. 8).

58) Fr. 29. pr. D. qui et a quib. (40. 9), c. 2. 3. C. de servo pignor. dato (7. 8). Eine Anwendung enthält auch fr. 6. 9. D. in quib. caus. pignus tacite (20. 2).

59) Fr. 9. D. de manumiss. (40. 1), fr. 9. §. 2. D. qui et a quib. manum. (40. 9), c. 2. C. qui non poss. ad libert. (7. 12).

60) Fr. 12. §. 7. 9. D. de captiv. (49. 15).

61) Fr. 22. D. de manumiss. (50. 1), fr. 4 pr. fr. 10. 22. D. de manum. vindict. (40. 2), fr. 30. §. 1. D. qui et a quib. (40. 9).

lassen. Justinian hat jedoch diese Unterscheidung aufgehoben[62]).

487. Uebrigens waren aber die Manumissionen vom positiven Recht vielfach begünstigt und geschützt. Bei der fideicommissarischen Freilassung ist dieses schon gezeigt worden[63]). Desgleichen wenn ein Knecht oder sonst Jemand einem Anderen Geld gegeben, damit dieser den Knecht dem Herrn abkaufte und manumittirte, so konnte der Knecht, wenn der Käufer der Verabredung untreu wurde, nach einer Constitution von Marcus Aurelius und L. Verus bei den Gerichten Hülfe suchen[64]). Ferner wenn ein Knecht mit der Bedingung, dass er vom Käufer manumittirt werden sollte, verkauft worden war, und der Käufer erfüllte dieses nicht, so wurde jener nach einer Constitution von Marcus Aurelius und Commodus von Rechtswegen frei[65]), blieb aber libertus des Käufers[66]). Diese Constitution ist dann auch auf den Fall, wo bei einem Verkauf die Freiheit blos von einem gewissen Termin abhängig gemacht[67]), oder wo ein Knecht unter der Bedingung der Freilassung verschenkt worden war[68]), oder wo der Herr selbst für die Freilassung Geld angenommen hatte[69]), ausgedehnt worden. Endlich wenn der Erbe das Testament, worin einem Knecht die Freiheit vermacht war, unterdrückte, so wurde dieser nach einer Constitution derselben Kaiser darüber zur Anklage zugelassen[70]).

62) C. 1. §. 1. C. communia de manumiss. (7. 15).

63) Man sehe oben Note 16—24.

64) Fr. 4. 5. D. de manumiss. (40. 1), fr. 53. 67. D. de iudic. (5. 1).

65) Fr. 1. 3. 4. 6. pr. fr. 9. D. qui sine manumiss. (40. 8), fr. 15. §. 1. D. de condict. causa data (12. 4), fr. 3. 10. D. de serv. export. (18. 7), fr. 10. D. de manumiss. (40. 1), c. 2. 6. C. si mancip. (4. 57).

66) Fr. 3. §. 2. D. de legit. tut. (26. 4), fr. 8. §. 1. D. de iure patron. (37. 14).

67) C. 3. C. si mancipium (4. 57).

68) Fr. 8. D. qui sine manumiss. (40. 8), c. 1. C. si mancipium (4. 57).

69) Fr. 19. D. de manumiss. (40. 1), fr. 38. §. 1. D. de liber. causa (40. 11), c. 4. C. si mancipium (4. 57).

70) Fr. 7. D. de l. Cornel. de fals. (48. 10), fr. 53. D. de iudic. (5. 1).

488. Die Wirkungen der Freilassung zeigten sich vor Allem in dem bürgerlichen Stande, den der Freigelassene mit der Freiheit erwarb. Dieser war dreifacher Art: Civität, Latinität oder Peregrinität. Zum Erwerb der Civität musste vor Allem der Freilasser selbst römischer Bürger sein[71]; denn wie bei der Zeugung der Vater, so war es hier der Freilasser, welcher dem Staate einen neuen Bürger gab. Ferner mussten dazu die Freilassung in der gehörigen Form vollzogen und die übrigen gesetzlichen Bedingungen erfüllt sein[72]. Bei der Manumission durch den Census war es aber streitig, ob das Bürgerrecht schon mit der Anmeldung im Census oder erst bei der den Census beschliessenden Feier des Lustrums anfienge[73]. Der Erwerb der Civität durch Freilassung galt auch bei den Kriegsgefangenen, die vom Staate aus der Knechtschaft entlassen wurden[74]. Die Civität der Freigelassenen war jedoch nicht die ganz vollkommene; sowohl im Eherecht, wie am Genuss der höheren bürgerlichen Rechte war ihnen ihre unfreie Abkunft hinderlich. Diese Ungleichheit erstreckte sich in der älteren Zeit selbst auf die Kinder: später jedoch galten diese als Freigeborene[75]. Unter den Kaisern konnte aber ein Freigelassener vom Kaiser doch zu den Rechten der Ingenuität erhoben werden, durch Verleihung des Rechts goldene Ringe zu tragen und durch Restitution des Geburtsstandes[76], und endlich hob Justinian den ganzen Unterschied selbst gesetzlich auf, indem von da an mit jeder Freilassung schon von Rechtswegen das Recht der goldenen Ringe und die Restitution des Geburtstandes verbunden sein sollte[77].

489. Die Latinität entstand nach dem bisher Gesagten

71) Theophil. I. 5. §. 3.
72) Gaius I. 17., Ulpian. I. 5.
73) Cicero de orat. I. 40., Fragm. de manumiss. §. 19.
74) Fr. 5. §. 3. D. de captiv. (49. 15).
75) Man sehe §. 100. 353. 421.
76) Man sehe §. 353.
77) Nov. 78. praef. c. 1. 5.

durch Freilassung, wenn diese nicht in einer quiritischen Form, oder blos von dem natürlichen nicht quiritischen Eigenthümer des Knechtes, oder an einem Knecht unter dreissig Jahren ohne consilium geschehen war[78]). Dazu kam durch positive Bestimmungen noch eine Reihe untergeordneter Fälle[79]). Die künstliche Latinität begriff zwar das commercium[80]), keineswegs aber auch die übrigen Rechte der freigeborenen Latiner[81]). Der latinus Iunianus galt wohl nominell als ein Freier[82]); doch aber blieb er sehr beschränkt und von dem Herrn abhängig, und starb eigentlich als Knecht. Sein Vermögen fiel daher nach dem Recht des Peculiums an den Herrn zurück[83]), und er konnte selbst noch Gegenstand eines Vermächtnisses sein[84]). Ein Hauptvorzug dieser Latinität vor dem älteren blos factischen Freisein bestand aber darin, dass die Kinder Freigeborene wurden[85]). So blieb dieses Verhältniss noch praktisch bis Justinian, der es aufhob und in die Civität umwandelte[86]).

490. Endlich die Peregrinität trat nur in einem von der lex Aelia Sentia bestimmten Falle ein[87]). Solche Freigelassene hatten weder das connubium noch commercium[88]), durften sich bei Verlust ihrer Freiheit nicht in der Hauptstadt und deren Umkreis aufhalten, und konnten auf keine

78) Gaius I. 17., Theophil. I. 5. §. 4.

79) Man sehe Vangerow Latini Iuniani §. 37.

80) Man sehe §. 354.

81) Eine neue Ansicht hat Puchta Institutionen II. §. 217. Dieser will die Junianische Latinität mit ihrer eigenthümlichen Beschränkung blos für den Fall der unfeierlichen Manumission gelten lassen.

82) Gaius I. 22., Ulpian. I. 10.

83) Tacit. ann. XIII. 27., Salvian. adv. avarit. III. 7., Gaius I. 23. III. 56., Ulpian. XX. 14. XXII. 3., §. 4. J. de success. libert. (3. 7), c. un. pr. C. de latina libert. (7. 6).

84) Gaius II. 195., Plinius epist. X. 105.

85) Paul. sent. rec. IV. 9. §. 8.

86) C. un. C. de latina libert. tollend. (7. 6), §. 3. J. de libert. (1. 5), Theophil. I. 5. §. 4.

87) Man sehe Note 37.

88) Ulpian. V. 4. XIX. 4.

Weise zum römischen Bürgerrecht gelangen [89]). Ihre Nachkommen wurden jedoch freie Peregrinen ohne diese besondern Beschränkungen. Justinian hob auch dieses Institut auf, so dass statt der Peregrinität ebenfalls die Civität entstand [90]).

491. Eigenthümliche Bestimmungen entstanden für die Ehen der Freigelassenen, die nicht mit der Freiheit zugleich die Civität erhielten. Im Allgemeinen mussten diese sowohl hinsichtlich der Eingehung als der Wirkungen nach dem natürlichen Recht beurtheilt werden. Für die nicht rechtmässig freigelassenen Knechte unter dreissig Jahren hatte jedoch die lex Aelia Sentia nicht blos die Möglichkeit einer Ehe mit freigeborenen Latinern oder römischen Bürgern ausdrücklich anerkannt, sondern auch solchen Ehen, wenn ihre Abschliessung vor sieben römischen Bürgern bezeugt worden, besondere unten zu erwähnende Begünstigungen beigelegt. Dieses blieb dann auch unter dem System der lex Iunia, wo solche Freigelassene Latiner wurden [91]). Durch diese Bestimmungen getäuscht nahmen nun Einige an, dass zwischen den freigelassenen Latinern und den Bürgern ein wahres connubium bestände, und dass daher bei der Ehe eines Latiners mit einer Römerin die Kinder dem Stande des Vaters folgen müssten. Allein das oben angeführte Senatusconsult unter Hadrian [92]) berichtigte dieses und führte diesen Fall auf die natürliche Regel zurück [93]).

492. Der vielfache Verkehr der freigelassenen Latiner mit den Bürgern und die immer mehr schwankende Bedeutung des römischen Bürgerrechts gab nun auch Veranlassung zu mancherlei künstlichen Bestimmungen, wodurch den Latinern der Erwerb der Civität erleichtert wurde, und diese kamen zum Theil auch den freien Lati-

89) Gaius I. 25. 26. 27. 67., Sueton. Octavian. 40.

90) C. un. C. de dedit. libert. toll. (7. 5), §. 3. J. de libert. (1. 5).

91) Gaius I. 29. 66., Ulpian. III. 3.

92) Man sehe Kap. I. Note 28.

93) Gaius I. 30. 80., Ulpian. III. 3.

nern in den Provinzen zu Gute. Schon die lex Aelia Sentia hatte für die nicht rechtmässig Freigelassenen unter dreissig Jahren festgesetzt, dass sie nach einer mit einer Römerin, Latinin oder einer Person ihres Standes in der oben angegebenen Form geschlossenen Ehe, sobald daraus ein einjähriges Kind vorhanden wäre, durch die Nachweisung aller dieser Thatsachen (causae probatio) vor der rechtmässigen Obrigkeit mit Weib und Kind die Civität erlangen könnten[94]). Die lex Iunia hatte diese Bestimmung gelassen, und ein SC. Pegasianum unter Vespasian dehnte sie auch auf die Freigelassenen aus, die aus anderen Gründen als blos wegen mangelnden Alters Latiner würden [95]). Ferner konnte es nun bei der so sehr gemischten Bevölkerung leicht vorkommen, dass ein Römer oder ein Latiner eine Person von einem geringeren bürgerlichen Stande zur Frau genommen hatte, weil er sie entweder aus Irrthum für ihm ebenbürtig, oder weil er irrigerweise seinen eigenen Stand für geringer gehalten hatte, als er wirklich war. Hier erlaubte ein noch vor Hadrian erschienenes Senatusconsult auf den Grund des statt gefundenen Irrthums für die Kinder die Civität in jedem Fall und meistens auch für den Ehegatten, dem sie fehlte, zu erlangen [96]). Ferner erwarben die Latiner die Civität nach der lex Visellia durch sechsjährigen, nach einem Senatusconsult schon durch dreijährigen Dienst unter den vigiles, durch sechsjährigen Dienst bei der Getreidezufuhr nach Rom mit einem selbst erbauten Schiffe, durch Erbauung eines Hauses oder Anlegung einer Bäckerei daselbst, und eine Latine durch Geburt von drei Kindern [97]); ferner durch Iteration, nämlich wenn nach einer unfeierlichen Manumission die solenne Freilassung [98]), oder wenn im Falle des getheilten Eigenthums nach einer blos

94) Bethmann-Hollweg de causae probatione. Berol 1820.

95) Gaius I. 29. 30. 31., Ulpian. III. 3.

96) Gaius I. 67—75., Ulpian. VII. 4.

97) Ulpian. III. 1. 5. 6., Sueton. Claud. 19.

98) Ulpian. III. 4., Gaius I. 35., Fragm. de manumiss. §. 16. Eine Anwendung giebt Plinius epist. VII. 16.

vom natürlichen Eigenthümer geschehenen Freilassung vom quiritischen Eigenthümer das Nöthige nachgeholt wurde[99]; ferner zur Belohnung der Anzeige eines Jungfrauenraubes[100]. Endlich versteht es sich von selbst, dass freigelassene Latiner wie die Anderen durch kaiserliche Gnade zur Civität erhöht werden konnten[101]. Jedoch wurden, wenn der ehemalige Herr nicht zugestimmt hatte, durch ein Edict Trajans dessen eventuellen Rechte am Nachlass wie an dem eines latinus Iunianus vorbehalten, eine Bestimmung, die aber wieder eine modificirende Erklärung in einem Senatusconsult unter Hadrian nöthig machte[102].

493. Ein eigenthümliches Verhältniss entstand, wenn die Freilassung unter einer gewissen Bedingung oder Zeitbestimmung geschehen war, bei deren Eintritt der Knecht frei sein sollte[103]. Dieses konnte aber zur Zeit der drei alten Manumissionsformen nur bei der Freilassung durch ein Testament vorkommen[104], hier aber in einer doppelten Weise: entweder so, dass die Bedingung ausdrücklich ausgesprochen, oder so, dass sie stillschweigend in den Verhältnissen enthalten war[105]. Solche nur der Erwartung nach Freie[106] blieben nun vor der Hand Knechte des Erben[107], und wurden auch als solche in Ansehung der Dienste[108], der Veräusserung[109], Verpfändung[110], Geschäftsführung[111])

99) Darauf deuten Gaius I. 167., Fragm. Vatic. §. 221.

100) C. 1. §. 4. C. Th. de raptu virgin. (9. 24).

101) Ulpian. III. 1. 2.

102) Gaius III. 72. 73.

103) Eine gute Abhandlung darüber ist: Madai die Statuliberi. Halle 1834.

104) Ulpian II. 1., Gaius II. 200., Festus v. statu liber.

105) Fr. 1. pr. §. 1. D. de statu liber. (40. 7). Ein Beispiel des Letzteren giebt auch fr. 12. §. 7. fr. 13. D. qui et a quib. (40. 9).

106) Statu liberi hiessen sie nach einem nicht glücklich gebildeten Kunstwort.

107) Gaius II. 200., Ulpian. II. 2., fr. 9. pr. D. de statu liber. (40. 7).

108) Fr. 3. §. 8. D. de statu liber. (40. 7).

109) Ulpian. II. 3., fr. 6. §. 3. fr. 25. D. de statu liber. (40. 7).

110) Fr. 13. §. 1. D. de pignor. (20. 1).

111) Fr. 29. pr. D. de statu liber. (40. 7).

und noxae deditio [112]), jedoch natürlich immer mit Rücksicht auf die noch schwebende Bedingung, beurtheilt. Auch der in der Zwischenzeit gemachte Erwerb fiel an den Herrn, wenn nicht mit der Freiheit zugleich das Peculium legirt war; denn dann wurde jener Erwerb zum Peculium geschlagen [113]). Immer aber führte ein solcher Knecht seine Anwartschaft auf die Freiheit mit sich [114]); selbst wenn er in feindliche Gefangenschaft gerathen und ausgelöst worden war, erhielt er dieselbe zurück [115]). Trat die Bedingung ein, so wurde er nun von Rechtswegen frei, so als ob er vom Testator direct manumittirt worden wäre [116]); dasselbe geschah, wenn der Erbe selbst die Erfüllung der Bedingung unmöglich machte [117]). Wollte der Erbe den Knecht vor dem Eintritt der Bedingung manumittiren, so war ihm dieses nicht verwehrt, und er behielt über ihn auch einstweilen die Patronatrechte; jedoch machte er ihn bis zu Justinians Veränderungen nur zum Latiner [118]). Trat aber später die Bedingung ein, so wurde er ein Freigelassener des Testators [119]) und Bürger. War die bedingte Freilassung fideicommissarisch hinterlassen, so kamen die vorigen Grundsätze analog zur Anwendung [120]); jedoch entstand hier die Freilassung nicht von Rechtswegen, und der Freigelassene wurde immer ein libertus des Erben. Ueber die Geschichte

112) Fr. 9. pr. §. 2. D. de statu liber. (40. 7), fr. 14. §. 1. fr. 15. D. de noxal. action. (9. 4). Von der Art der Bestrafung bei Vergehen wird im Strafrecht die Rede sein.

113) Fr. 28. §. 1. D. de statu liber. (40. 7).

114) Ulpian. II. 3, fr. 6. D. si ex noxali causa (2. 9).

115) Fr. 12. §. 10. D. de captiv. (49. 15).

116) Fr. 23. §. 1. D. de manum. testam. (40. 4), fr. 3. §. 1. D. de statu liber. (40. 7).

117) Ulpian. II. 5., Festus v. statu liber., fr. 3. §. 1. 7. 16. D. de statu liber. (40. 7).

118) C. un. §. 7. C. de latina libert. (7. 6).

119) Libertus orcinus, fr. 2. pr. D. de statu liber. (40. 7), c. un. §. 7. C. de latina libert. (7. 6).

120) Fr. 21. 51. §. 3. D. de fideicomm. libert. (40. 5).

jener Lehre ist nichts bekannt, als dass davon schon in den zwölf Tafeln die Rede war[121]).

Viertes Kapitel.
Von dem Patronatrecht.

---

494. Eine wichtige Wirkung, welche die Freilassung zurückliess, war das Patronatverhältniss. Dieses beruhte auf dem Grundgedanken, dass der Freigelassene seinem ehemaligen Herrn für die erhaltene unschätzbare Wohlthat zur innigsten Dankbarkeit verpflichtet sei. Er betrachtete ihn als seinen Vater und Beschützer[1]), nahm wie ein Sohn dessen Namen an[2]), und blieb dem Hause verbunden[3]). Das Ganze trägt das Gepräge uralter Sitten, die durch die Gesetze[4]), das prätorische Edict[5]) und die Jurisprudenz[6]) näher bestimmt und interpretirt wurden. In Beziehung auf die Patricier betrachtet bildete das Verhältniss einen Bestandtheil der alten Clientel, indem nicht blos der Freigelassene selbst, sondern auch seine Nachkommen und Freigelassenen als Clienten der Familie des Herrn[7]) und dessen gens[8]) verbunden blieben. Ob es aber damals auch ein plebejisches Patronatrecht über die Freigelassenen gab und

---

121) Ulpian. II. 4., fr. 25. 29. §. 1. D. de statu liber. (40. 7).

1) Fr. 9. D. de obseq. (37. 15).

2) Lactant. divin. instit. IV. 3. Beispiele giebt Plinius hist. nat. XXV. 3 (2). XXXI. 3 (2). Darauf beziehen sich auch fr. 77. §. 15 fr. 88. §. 6. D. de legat. II. (31), fr. 38. §. 2. fr. 94. D. de legat. III. (32), fr. 108. D. de condit. (35. 1).

3) Cicero ad famil. XIII. 23.

4) Dass die Gesetze der zwölf Tafeln davon handelten, ist gewiss, Ulpian. XXIX. 1., Gaius III. 40., Fragm. Vatic. §. 308.

5) Fr. 7. §. 4. D. de obseq. (37. 15).

6) Ulpian. XI. 3., fr. 3. pr. D. de legit. tutor. (26. 4).

7) Man sehe §. 13.

8) Man sehe §. 15.

wie dieses beschaffen war, lässt sich nicht bestimmen. Später, unstreitig seit den Gesetzen der zwölf Tafeln, war zwischen beiden Ständen kein Unterschied mehr. Selbst ein Freigelassener konnte nun Patron seiner Freigelassenen sein[9]). Etwas dem Patronatverhältniss Aehnliches entstand übrigens in der alten Zeit auch durch Lebensrettung im Kriege[10]).

495. Aus dem Grundbegriff des Patronatverhältnisses folgte vor Allem die Pflicht des Freigelassenen sich gegen den Patron jederzeit willfährig und respectvoll zu erweisen[11]). Zur Handhabung dieses Rechts hatte dieser in den alten Zeiten eine kräftige Zuchtgewalt[12]); später blieb ihm, wahrscheinlich nach einer Bestimmung Octavians, blos die Macht den Freigelassenen aus der Stadt zu relegiren[13]). Doch wurde ihm eine mässige Züchtigung nachgesehen[14]); auch erhielten nun die Präfecten der Stadt und in den Provinzen die Statthalter den Auftrag, die gerechten Beschwerden der Patrone nach der Schwere des Falles mit Verwarnungen, Vermögens- und Leibesstrafen zu ahnden[15]), und wegen grober Undankbarkeit war nach der lex Aelia Sentia selbst eine Criminalanklage gestattet[16]). Nach dem späteren Recht konnte der Patron den undankbaren Freigelassenen sogar wieder zum Knecht machen[17]). Jene Pflicht der

9) Fr. 5. §. 22. D. de agnosc. et alend. liber. (25. 3).

10) Polyb. VI. 39 (37)., Livius XXII. 29.

11) Obsequium et reverentiam praestare debet, fr. 9. §. 3. D. de offic. procons. (1. 16), fr. 4. §. 16. D. de doli mali except. (44. 4).

12) Valer. Max. VI. 1, 4.

13) Tacit. ann. XIII. 26.

14) Fr. 7. §. 2. fr. 11. §. 7. D. de iniur. (47. 10).

15) Fr. 1. §. 10. D. de offic. praef. urb. (1. 12), fr. 9. §. 3. D. de offic. procons. (1. 16), fr. 1. 7. §. 1. D. de iure patron. (37. 14).

16) Dosith. Hadriani sentent. 3., fr. 30. D. qui et a quib. (40. 9), fr. 70. pr. D. de verb. sign. (50. 16).

17) Schon Claudius hatte in einzelnen Fällen dieses Mittel angewendet, Sueton. Claud. 25., fr. 5. pr. D. de iure patron. (37. 14). Unter Nero wollte man es zum allgemeinen Gesetz machen, allein dieses gieng nicht durch, Tacit. ann. XIII. 26. Später kam man aber

Dankbarkeit und Pietät erstreckte sich einerseits auch auf die Kinder des Freigelassenen[18]; andererseits gieng das derselben entsprechende Recht auf Gehorsam und Respect mit den daraus fliessenden eigenthümlichen Rechtsmitteln auch auf die Kinder[19]) und sonstigen Erben[20]) des Patrons über. Valentinian III. wollte diesen zwar jene besonderen Rechte entziehen, und wegen Kränkungen nur die gewöhnlichen Injurienklagen gestatten[21]); allein Justinian hat dieses Gesetz nicht aufgenommen.

496. Aus der Innigkeit des Verhältnisses folgte in Uebereinstimmung mit der alten Clientel, dass Freigelassene den Patron, dessen Eltern und Kinder nur mit Erlaubniss des Prätors vor Gericht ziehen[22]), mit infamirenden Klagen aber nur aus dringenden Gründen[23]), und mit Capitalanklagen in der Regel gar nicht[24]) belangen durften. Eben so hatte der Freigelassene wie der Client die Verpflichtung den Patron, seine Kinder und Eltern im Nothfall zu alimentiren[25]), und auch in anderen Verlegenheiten zu unterstützen, namentlich die Verwaltung seines Vermögens

wieder darauf zurück, fr. 6. §. 1. D. de agnosc. liber. (25. 3), fr. 21. pr. D. quod. met. caus. (4. 2), c. 12. C. de oper. libert. (6. 3), c. 30. C. de liber. causa (7. 16), und Constantin sprach es als allgemeine Regel aus, c. 3. C. de libert. (6. 7), c. 1. C. Th. de libert. (4. 11), §. 1. J. de capit. demin. (1. 19).

18) C. 2. C. Th. de libert. (4. 11), c. 4. C. de libert. (6. 7).

19) Fr. 5. §. 20. D. de agnosc. liber. (25. 3), fr. 1. §. 10. D. de offic. praef. urb. (1. 22), fr. 9. §. 3. D. de offic. proeons. (1. 16), fr. 1. D. de iure patron. (39. 14).

20) C. 2. 3. C. Th. de libert. (4. 11), c. 3. C. de libert. (6. 7).

21) Nov. Valentin. III. tit. XXIV. de libertis c. 1. pr. §. 1. 8. 9.

22) Gaius IV. 46. 183. 187., fr. 4. §. 1. fr. 10. §. 5—9. fr. 24. 25. D. de in ius voc. (2. 4).

23) Fr. 10. §. 12. D. de in ius voc. (2. 4), fr. 2. 5. §. 2. fr. 6. 7. pr. D. de obseq. (37. 15), c. 2. C. de in ius voc. (2. 2), c. 2. C. qui et advers. quos in integr. restit. (2. 42).

24) Fr. 8. D. de accus. (48. 2), c. 21. C. de accus. (9. 1), c. 2. C. Th. de libert. (4. 11), c. 4. C. Th. ne praeter crimen maiest. (9. 6).

25) Dosith. Hadriani sentent. 8., Paul. sent. rec. II. 32., fr. 5. §. 18—21. 24. 25 26. D. de agnosc. liber. (25. 3), fr. 24. D. de iure patron. (37. 14).

und die Tutel seiner Kinder, wenn er dazu ernannt wurde, zu übernehmen [26]). Von dem wichtigen Erbrecht und der Tutel, welche dem Patron und seinen Kindern gegen den Freigelassenen zustand, wird an seinem Orte die Rede sein. Alle jene Rechte hatten die Kinder des Patrons als natürliche Glieder des Hauses, nicht als Erben; daher blieben sie ihnen, wenn sie auch auf die Erbschaft verzichtet hatten oder exhäredirt waren [27]). Doch konnte nach einem Senatusconsult unter Claudius, wenn mehrere Kinder da waren, einem derselben der libertus ausschliesslich assignirt werden [28]). Hatte der Knecht im Eigenthum mehrerer Herren gestanden, und war von ihnen zusammen manumittirt worden, so blieb Jeder dessen Patron [29]).

497. Ausser diesen Rechten, welche dem Patron schon nach den Gesetzen zustanden, konnte er sich noch besondere Rechte bei der Freilassung versprechen lassen. Dahin gehört zunächst der Vorbehalt von regelmässigen Geschenken [30]) und von Diensten. Die Dienste waren doppelter Art: unbestimmte Liebes- und Ehrendienste, die so oft und wie der Patron es verlangte geleistet werden mussten [31]), und handwerk- oder kunstmässige Verrichtungen [32]). Solche Versprechungen mussten aber, um bindend zu sein, entweder in der Form einer Stipulation [33]) oder eidlich ge-

26) Dionys. XI. 36., fr. 19. D. de iure patron. (37. 14), Fragm. Vatic. §. 221. Man sehe darüber Rudorff Vormundschaft II. §. 98.

27) Fr. 9. D. de iure patron. (37. 14), Gaius III. 58.

28) Fr. 1. D. de adsignand. libert. (38. 4), tit. J. de adsign. libert. (3. 8).

29) Gaius III. 59.

30) Dona et munera, fr. 7. §. 3. fr. 47. D. de oper. libert. (38. 1), fr. 53. 194. 214. D. de verb. sign. (50. 16).

31) Operae officiales, fr. 26. §. 12. D. de cond. indeb. (12. 6), fr. 1. 3. 13. §. 2. fr. 15. pr. fr. 16. §. 1. fr. 17. 22. pr. fr. 23. §. 1. fr. 26. pr. fr. 38. D. de oper. libert. (38. 1).

32) Operae fabriles, fr. 26. §. 12. D. de cond. indeb. (12. 6), fr. 7. §. 5. fr. 16. 23. pr. fr. 24. D. de oper. libert. (38. 1).

33) Fr. 3. pr. fr. 5. 37. pr. D. de oper. libert. (38. 1).

schehen[34]). War das Versprechen ausdrücklich mit auf die Kinder gerichtet, so wurden sie auch daraus berechtigt, und zwar ohne Rücksicht ob sie übrigens den Patron beerbten oder nicht[35]). Ohne ausdrückliches Versprechen hörte das Recht auf die officiösen Dienste mit dem Patron auf; die technischen Dienste aber giengen wie Stücke des Vermögens auf seine Erben[36]), und in so fern auch auf seine Kinder über[37]). Um des Freigelassenen, dem man die Dienste ansagen wollte, habhaft zu werden, wurde ein eigenes Interdict gegeben[38]). Geld statt der Dienste sich vom Freigelassenen zu bedingen, war seit der lex Aelia Sentia bei Verlust des Patronatrechts untersagt[39]); auch durfte man die Dienste nicht an einen Dritten um Geld verdingen, ausser wenn man sie nicht selbst brauchen konnte[40]). Eine andere Art von Vorbehalt war der, dass wenn der Freigelassene sich gegen den Patron vergienge, dieser zu gewissen Ansprüchen an dessen Vermögen berechtigt sein sollte. Da dieses aber dazu benutzt wurde, den Freigelassenen in beständiger Furcht und Abhängigkeit zu erhalten, so gewährte der Prätor Rutilius in der Mitte des siebenten Jahrhunderts dagegen durch Exceptionen Schutz und erlaubte auf den Fall der Pflichtwidrigkeit sich höchstens ein Miteigenthum zur Hälfte am Vermögen des Freigelassenen zu bedingen[41]). Bald darauf wurde aber auch

34) Cicero ad Attic. VII. 2., Gaius epit. II. 9. §. 4., fr. 7. pr. §. 2. D. de oper. libert. (38. 1), fr. 44. pr. D. de liber. causa (40. 12).

35) Fr. 4. 5. 22. §. 1. fr. 29. D. de oper. libert. (38. 1).

36) Fr. 6. 9. D. de oper. libert. (38. 1).

37) Fr. 7. §. 6—9. fr. 22. §. 1. D. de oper. libert. (38. 1).

38) Interdictum de liberto exhibendo, Gaius IV. 162., fr. 2. §. 1. D. de interd. (43. 1).

39) Fr. 32. §. 1. 2. D. qui et a quib. (40. 9), fr. 5. §. 22. D. de agnosc. liber. (25. 3), fr. 6. §. 1. D. de iure patron. (37. 14), c. 6. pr. C. de oper. libert. (6. 3).

40) Fr. 25. D. de oper. libert. (38. 1).

41) Fr. 1. pr. §. 1. D. de bon. libert. (38. 2), fr. 2. D. de oper. libert. (38. 1), fr. 1. §. 5. 6. fr. 2. §. 2. D. quar. rer. act. (44. 5).

dieses für ungültig erklärt[42]). Die Prätoren entschädigten den Patron dafür gewissermassen durch ein Erbrecht, welches sie ihm nun unbedingt, nicht blos im Fall einer Verletzung, an einem bestimmten Theil des Nachlasses zusicherten[43]). Geschenke und Dienste waren also nun das Einzige, was zur Beschwerung der Freiheit vorbehalten werden konnte. Aber auch dabei galt die merkwürdige Beschränkung, dass der Patron diesen Vortheil nicht mit dem erwähnten Erbrecht zusammen geniessen sollte; sondern wenn er die versprochenen Geschenke und Dienste verlangt[44]), oder auch wenn er sie dem Freigelassenen zurückverkauft[45]), ja selbst wenn er den Anspruch nur so gegen ihn zur Sprache gebracht, dass er sie ihm erlassen hatte[46]), so galt dieses als ein Verzicht auf sein Erbrecht und der Freigelassene erhielt die volle Testamentsfreiheit. Eine andere positive Bestimmung war, dass nach der lex Iulia und Papia Poppäa der Freigelassene, welcher zwei leibliche Kinder in der Gewalt hatte, von der Verbindlichkeit der gelobten Dienste oder Geschenke frei wurde[47]).

498. Als Patron galt derjenige, dem der Freigelassene die Freiheit zu verdanken hatte. Demgemäss wurde bei der Freilassung durch ein directes Vermächtniss der Verstorbene im Orcus als der Patron angesehen[48]), und die

42) Fr. 36. D. de oper. libert. (38. 1), fr. 1. §. 7. D. quar. rer. act. (44. 5).

43) Fr. 1. §. 2. D. de bon. libert. (38. 2). Von dieser partis bonorum possessio wird noch im Erbrecht die Rede sein.

44) Fr. 20. D. de iure patron. (37. 14), fr. 32. D. de oper. libert. (38. 1), c. 2. C. de bon. poss. contra tab. libert. (6. 13) aus c. 7. pr. C. Th. de testam. (4. 4).

45) Fr. 37. pr. D. de ben. libert. (38. 2), c. 4. C. de oper. libert. (6. 3).

46) Fr. 41. D. de oper. libert. (38. 1).

47) Fr. 37. pr. D. de oper. libert. (38. 2).

48) Der Freigelassene hiess daher dann libertus orcinus, Ulpian. II. 8., Gaius II. 267. c. 10. C. de testam. manum. (7. 2), §. 2. J. de singul. reb. (2. 24).

Patronatrechte lebten in der gewöhnlichen Weise in seiner Familie fort [49]). Derselbe Gesichtspunkt wurde bei einer Freiwerdung kraft des Silanianischen Senatusconsultes [50]) angenommen, wenn nicht der Prätor dabei einen Patron assignirt hatte [51]). Bei der Unfreien, die der Bedingung des Verkaufes zuwider vom Ankäufer prostituirt worden [52]), wurde unterschieden. Wurde sie kraft des Vertrages frei, so galt der Verkäufer als ihr Patron [53]). Hatte sich dieser auf jenen Fall die Rückkehr in seine Gewalt bedungen [54]) und prostituirte er nun sie selbst, so wurde sie ebenfalls frei, und er verlor zur Strafe die Patronatrechte [55]).

499. Das Patronatrecht setzte aber seinem Grundbegriff gemäss jederzeit eine freiwillig erzeigte Wohlthat voraus. Wo daher die Freilassung gar nicht oder nur zum Theil aus dem freien Willen des Herrn hervorgegangen war, fielen auch die Patronatrechte ganz oder theilweise weg. Dem gemäss war bei einer fideicommissarischen Freilassung [56]) der Manumissor zwar im Ganzen Patron und hatte als solcher Anspruch auf Ehrerbietung [57]), auf den Nachlass [58]) und auf die Tutel [59]), weil man annehmen muss-

49) Fr. 3. §. 3. D. de legit. tut. (26. 4), fr. 48. D. de manum. testam. (40. 4), fr. 33. D. de fideicomm. libert. (40. 5), c. un. §. 7. C. de latin. libert. (7. 6).

50) Man sehe §. 477.

51) Fr. 5. D. qui sine manum. (40. 8), fr. 3. §. 4. D. de suis (38. 16), fr. 4. pr. D. de bon. libert. (38. 2).

52) Man sehe §. 477.

53) Fr. 7. pr. D. de iure patron. (37. 14), fr. 10. §. 1. D. de in ius voc. (2. 4).

54) C. 1. C. si mancip. (4. 56), fr. 56. D. de contr. emt. (18. 1).

55) Fr. 10. §. 1. D. de in ius voc. (2. 4), fr. 7. D. qui sine manum. (40. 8), c. un. §. 4. C. de latin. libert. (7. 6).

56) Man sehe darüber §. 481.

57) Fr. 9. D. de in ius voc. (2. 4), Fragm. Vatic. §. 225., c. 5. C. de oper. libert. (6. 3).

58) Fragm. Vatic. §. 225., fr. 29. pr. D. de bon. libert. (38. 2), fr. 3. §. 1. D. de suis (38. 16), c. 1. C. de bon. poss. contra tabul. (6. 13).

59) Fr. 3. §. 1. D. de legit. tutor. (26. 4).

te, dass der Testator ihm diese Rechte hatte zuwenden wollen; allein er hatte nicht die Accusation wegen Undank [60]) und kein Recht auf Alimente [61]), weil dieses eine reine Wohlthat voraussetzte; auch nicht das Recht sich Geschenke und Dienste vorzubehalten [62]), weil eine solche Beschwerung der Absicht des Testirers offenbar entgegen war. Er verlor sogar das ganze Patronatrecht, wenn er sich zur Freilassung hatte gerichtlich zwingen lassen oder sich derselben entzogen hatte [63]), und der Freigelassene galt nun als libertus des Verstorbenen und dessen Familie [64]). Ferner wer den Knecht blos als Mittelsperson für dessen Geld um ihn zu manumittiren angekauft hatte [65]), wurde zwar für seine Gefälligkeit nominell Patron, allein ohne Anspruch auf Alimente, auf besondere Dankbarkeit, auf Dienste und auf den Nachlass; er verlor selbst den Namen als Patron, wenn er sich hatte zwingen lassen [66]). Anders war es, wenn der wirkliche Herr für Geld manumittirt hatte [67]); dieser behielt alle Patronatrechte [68]); nur Dienste konnte er sich nicht ausbedingen [69]). Endlich wer in Folge der beim Ankauf übernommenen Bedingung manumittirt hatte [70]), wurde in jedem Falle Patron [71]) mit dem

60) C. 1. C. de libert. (6. 7).

61) Fr. 5. §. 22. D. de agnosc. liber. (25. 3).

62) Fr. 7. §. 4. fr. 47. D. de oper. libert. (38. 1), fr. 29. D. de bon. libert. (38. 2), c. 5. C. de oper. libert. (6. 3).

63) Fr. 1. §. 3. D. de legit. tutor. (26. 4).

64) Fr. 3. §. 3. D. de legit. tut. (26. 4), fr. 5. 30. §. 12. 13. fr. 49. D. de fideicomm. libert. (40. 5).

65) Man sehe §. 487.

66) Fr. 10. pr. D. de in ius voc. (2. 4), fr. 5. §. 22. D. de agnosc. liber. (25. 3), fr. 3. D. de obseq. (37. 15), fr. 45. §. 2. D. de ritu nupt. (23. 2), fr. 2. §. 4. D. de bon. libert. (38. 2), c. 7. C. de oper. libert. (6. 3), c. 1. C. de bon. libert. (6. 4).

67) Man sehe §. 487.

68) Fr. 3. §. 1. D. de obseq. (37. 15), fr. 38. §. 1. D. de liber. causa (40. 12), c. 1. C. de bon. libert. (6. 4).

69) C. 3. C. de oper. libert. (6. 3).

70) Man sehe §. 487.

71) Fr. 10. pr. D. de in ius voc. (2. 4), fr. 8. §. 1. D. de iure patron. (37. 14), fr. 45. pr. D. de ritu nupt. (23. 2).

Anspruch auf die Tutel und die Erbschaft [72]; allein die Accusation wegen Undankes hatte er nicht [73].

500. Das Patronatrecht war aber auch mit Pflichten gemischt, und gieng zur Strafe verloren, wenn der Patron den dürftigen Freigelassenen nicht ernährte [74], oder gegen ihn eine Capitalanklage erhob [75]; desgleichen nach der lex Aelia Sentia wenn er, sein Ansehen missbrauchend, ihm ein eidliches Versprechen abnöthigte, nicht zu heirathen [76]. Ferner erlosch es, wenn der Patron die Strafe der Deportation erlitt [77], und wenn der Freigelassene mit Zustimmung des Patrons eine fiscalische Magd oder Colone zur Ehe nahm [78]. Das vom Kaiser einem Freigelassenen verliehene Recht der goldenen Ringe [79] schmälerte das Patronatrecht nicht [80], sollte aber doch nicht ohne Zustimmung des Patrons ertheilt werden [81]; wohl aber wurde es durch die Restitution des Geburtsstandes, wozu daher um so mehr die Einwilligung des Patrones nöthig war, aufgehoben [82]. Justinian gestattete auch dem Manumissor

---

72) Fr. 3. §. 2. D. de legit. tut. (26. 4), fr. 3. §. 3. D. de suis (38. 16), fr. 3. §. 3. D. de bon. libert. (38. 2).

73) Fr. 30. pr. D. qui et a quib. (40. 9).

74) Fr. 5. §. 1. D. de iure patron. (37. 14), fr. 6. pr. D. de agnosc. liber. (25. 3). fr. 33. D. de bon. libert. (38. 2).

75) Fr. 9. §. 1. fr. 10. 11. 17. D. de iure patron. (37. 14), fr. 10 §. 11. D. de in ius voc. (2. 4), fr. 5. §. 23. D. de agnosc. liber. (25. 3). fr. 14. pr. D. de bon. libert. (38. 2).

76) Fr. 6. 15. D. de iure patron. (37. 14), fr. 3. §. 5. D. de suis (38. 16), fr. 24. D. de bon. libert. (38. 2), fr. 31. 32. pr. D. qui et a quib. (40. 9).

77) Fr. 10. §. 6. D. de in ius voc. (2. 4), Tacit. hist. II. 92.

78) C. 5. C. de bon. libert. (6. 4).

79) Man sehe §. 353.

80) Fragm. Vatic. §. 226., fr. 1. 5. 6. D. de iure aureor. annul. (40. 10), fr. 10. §. 3. D. de in ius voc. (2. 4), fr. 3. pr. D. de bon. libert. (38. 2), fr. 42. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5), c. 2. C. de iure aureor. annul. (6. 8).

81) Fr. 3. D. de iure aureor. annul. (40. 10).

82) Fr. 2. 4. 5. D. de natal. restit. (40. 11), fr. 3. §. 1. D. de bon. libert. (38. 2).

durch eine Erklärung den Freigelassenen vom Patronatrecht zu entbinden, und dadurch sollte Alles aufhören, nur nicht die Pflicht des Respects und die darauf bezüglichen Rechtsmittel wegen Undankbarkeit[83]. Dabei blieb er auch in seiner späteren Verordnung, wodurch er jeder Freilassung von Rechtswegen die Wirkung beilegte, als ob dazu das Recht der goldenen Ringe und die Restitution des Geburtsstandes verliehen wäre[84]. Denn die Patronatrechte sollten doch fortbestehen, wenn nicht darauf ausdrücklich verzichtet wäre, und auch dann sollte der Verzicht nur die angegebene beschränkte Wirkung haben[85].

Fünftes Kapitel.

Von den Gewaltverhältnissen über Freie.

501. Die Römer stimmen mit anderen Völkern des Alterthums darin überein, dass sie besondere Gewaltverhältnisse kannten[1]; nur waren dieselben bei ihnen nach der Derbheit ihrer Sitten und dem Ernst ihrer nationalen Denkart mit einer eigenthümlichen Stärke und Consequenz ausgebildet[2]. Die Gewaltverhältnisse des Alterthums be-

83) C. 3. C. de bon. libert. (6. 4).

84) Man sehe §. 488.

85) Nov. 78. c. 1. 2. Eine irrige Auslegung hat Zimmern I. S. 788. 794., dem ich in der ersten Auflage gefolgt war. Er meint, durch jene Novelle sei der ganze Patronat blos mit Ausnahme der reverentia und ingrati actio aufgehoben worden. Allein dass das Institut so wie früher fortbestand, zeigen die Basiliken. Die Berichtigung dieses Irrthums schon in der zweiten Auflage verdanke ich der Bemerkung von Puchta Institutionen II. §. 215., in dessen neuen Auflagen jedoch fortwährend der alte Tadel stehen bleibt, wodurch der Leser nur irre geführt wird.

1) Namentlich bei den Latinern begriff die väterliche Gewalt auch das Recht die Kinder zu verkaufen. Livius XLI. 8., und auch bei ihnen kam potestas, manus, mancipium vor, Lex municip. Salpens. c. 22.

2) So bemerkt auch hinsichtlich der patria potestas Gaius I. 55.

ruhen aber überall auf zwei Grundformen: auf der Gewalt des Herrn über seine Unfreien, und auf der des Hausvaters über seine Kinder. Aus der Letzteren kann durch Verkauf eines Kindes ein der Knechtschaft analoges Verhältniss an einem Freigeborenen, durch Verheirathung ein der väterlichen Gewalt analoges Verhältniss des Ehemannes über die Frau hervorgehen. So gab es bei den Römern drei Gewaltverhältnisse über Freie: die potestas über die Kinder, die manus über die Ehefrau, und das mancipium[3]). Sie haben das Gemeinschaftliche, dass dabei Einer dem Willen eines Anderen in einer dem Eigenthum sich nähernden Weise unterworfen war[4]). Daneben hatte aber auch

---

3) Gaius I. 49.

4) Wer in potestate, manu oder mancipio war, war nicht sui sondern alieni iuris, Gaius I. 48. 49. 50.; wer aber in eines Anderen Recht steht, hat diesem gegenüber kein Recht, das heisst also: er ist in dessen Willen und Gewalt. Dieses ist ein klarer Beweis, dass auch die manus und das mancipium ein persönliches Gewaltverhältniss begründeten. Dass diesem aber auch etwas dem Eigenthum Aehnliches beigemischt war, ergiebt sich daraus, dass derjenige, welcher in potestate, manu oder mancipio war, vom Gewalthaber einem Dritten mancipirt werden konnte. Anderer Meinung ist jedoch Zimmern I. §. 122. 226., welcher behauptet, dass die manus und das mancipium keine persönliche Gewalt begründet, sondern sich blos auf das Recht durch solche Personen Vermögen zu erwerben bezogen hätten. Allein seine Beweise sind theils unzureichend, theils von dem Recht der späteren Zeit entnommen, wo diese Zustände schon ihre reelle Bedeutung verloren hatten. Andere eigenthümliche Ansichten hat Böcking Institutionen I. §. 43 — 46. 48. Er meint dem Gegenstand durch die Betrachtung der Beziehung der Gewaltverhältnisse zum connubium und commercium ein neues Licht abzugewinnen. Der filiusfamilias habe connubium, jedoch bei der wirklichen Ausübung nur consensu patris gehabt; auch commercium, aber nur zum Vortheil des Vaters. Die uxor in manu habe connubium gehabt (?), „die Freiheit desselben „habe sich aber nur in der an den Willen des Mannes nicht gebun„denen Scheidungsfreiheit äussern können“ (!); auch commercium im Wesentlichen wie eine filiafamilias. Der in mancipio habe connubium für sich, nicht für die ihn besitzende familia gehabt, und commercium wie die uxor in manu. Gegen diese Auffassung spricht aber vor Allem, dass sie den Quellen durchaus fremd ist; sie ist eine rein moderne Abstraction und unfruchtbare Künstelei, wodurch die ungleichartigsten

Jedes seinen besonderen Charakter, der durch dessen besonderen Grund und Zweck bestimmt wurde. Das Ganze trägt das Gepräge uralter Sitten, und war theilweise schon der Gegenstand der ältesten Gesetze. Bei der Entwicklung der Jurisprudenz bot es derselben durch seine innere Consequenz und durch die Bestimmtheit seiner Formen einen für die juristische Behandlung vorzüglich geeigneten Stoff dar. Doch ist dabei viererlei im Auge zu behalten. Erstens, dass durch die juristische Abstraction Manches im Begriff und in der Terminologie noch schärfer wurde, als es im Leben war[5]). Zweitens, dass diese Verhältnisse einen sittlichen Kern haben, wodurch das Juristische praktisch überall gemildert wurde. Drittens, dass die juristischen Schriftsteller, indem sie mit bestimmtem Bewusstsein nur das Juristische als die Aufgabe ihrer Wissenschaft betrachteten, darum jenen sittlichen Kern nicht negirten. Viertens, dass zu der Zeit, aus welcher ihre ausführlichen Nachrichten herrühren, bereits Vieles, besonders an der manus und dem mancipium, künstlich geworden war[6]).

502. Die väterliche Gewalt beruhte auf dem Gedanken: der Vater zeugt dem Staate einen Bürger[7]), sich ein Kind. Im öffentlichen Rechte galt daher der Haussohn als völlig frei und selbstständig; er konnte eine Magistratur bekleiden und Tutor sein[8]), und stimmte unstreitig auch,

---

Verhältnisse nach dem einseitigen Gesichtspunkt hin verzogen, und die gezwungensten Parallelen erzeugt werden.

5) Dieses zeigt sich darin, dass der Ausdruck: in manu esse. bei den nicht juristischen Schriftstellern auch von der väterlichen Gewalt und der Tutel gebraucht wird, Livius III. 45. XXXIV. 2. 7.

6) Weiter als diese an der Hand der Quellen mit Sicherheit mögliche Unterscheidung geht Lange Röm. Alterth. I. 79 — 108. Dieser trägt den Entwicklungsgang dieser Verhältnisse, wie er sich denselben zurecht legt, nach der Unterscheidung der patriarchalischen, der patricischen Zeit, und des Eintritts der Plebejer als ausgemachte Gewissheit vor. Gegen diese von der Philologie her drohende Willkühr und Verwirrung muss die Jurisprudenz ihre Verwahrung einlegen.

7) Man sehe darüber §. 460.

8) Fr. 9. D. de his qui sui (1. 6), fr. 77. 78. D. de iudic. (5. 1),

wiewohl er ohne Vermögen war, in der Tribus und Klasse seines Vaters[9]). Hingegen im Privatrechte oder im Hauswesen als dem Mittelpunkte desselben gieng man von der Ansicht aus, dass der Vater das, was er aus sich erzeugt, als das Seinige ansehen und behandeln könnte. Dass dieses. also der Gedanke eines durch Zeugung an den Kindern erworbenen Eigenthums, nicht aber, wie manche Schriftsteller meinen, der Begriff einer häuslichen Magistratur[10]) die Grundlage der römischen väterlichen Gewalt war, wird durch folgende Thatsachen bewiesen[11]). Erstlich um die väterliche Gewalt über ein Kind zu erwerben, musste zwischen den Eltern eine Ehe mit connubium, und zwar nicht blos im Augenblick der Geburt sondern schon im Augenblick der Zeugung bestanden haben[12]); auf den Begriff einer häuslichen Magistratur bezogen hätte diese Beschränkung keinen Sinn. Zweitens erwarb der Vater die väterliche Gewalt schlechthin auch über die, welche von seinem Sohne erzeugt wurden, weil er diese mittelbar als aus sich selbst erzeugt betrachten konnte[13]); ob der Sohn vom väterlichen Hause factisch getrennt, also die Enkel ganz ausser dem Bereiche der häuslichen Magistratur waren, kam

fr. 13. §. 5. fr. 14. D. ad SC. Trebell. (36. 1), fr. 18. pr. D. de manum. vindict. (40. 2).

9) Man sehe Kap. IV. Note 49. 92.

10) Diesen Begriff vertheidigt wieder besonders Böcking Institutionen I. §. 43 Anmerk., wo gekünstelte und gezwungene Parallelen der römischen Familie und des römischen Staates die Stelle des Beweises vertreten sollen. Allein für einen Hauptpunkt, das Recht des Vaters die Kinder zu verkaufen, ist er die Parallele in der römischen Magistratur schuldig geblieben.

11) Ein Eigenthumsrecht des Vaters an den Kindern behauptet ausser andern älteren und neueren Schriftstellern auch Savigny System I. 358. 360. III. 12., was jedoch Böcking I. §. 43. Note 9. eine verkehrte Annahme nennt. Dass aber dieses Eigenthum sich auf die Zeugung gründete, ist meines Wissens vor mir nicht bemerkt und nachgewiesen worden, wenn auch Böcking in der ersten Auflage, freilich ohne nähere Angabe, das Gegentheil versicherte.

12) Gaius I. 56. 94.

13) §. 3. J. de patr. potest. (1. 9).

dabei nicht in Betracht. Drittens, wenn der Vater den Sohn emancipirte, so behielt er doch die von diesem erzeugten Kinder in seiner Gewalt. Ja sogar wenn die Ehefrau des Sohnes in dem Augenblick, wo er diesen emancipirte, ein Kind concipirt hatte, welches aber erst im Hause des emancipirten Sohnes zur Welt kam, so gehörte dieses doch noch dem Grossvater [14]). Um dieses mit einer häuslichen Magistratur zu reimen, müsste man annehmen, dass diese schon am Kinde im Mutterleibe erworben worden wäre, was lächerlich wäre. Viertens endlich stimmt das Recht des Vaters die Kinder zu verkaufen zu einer Magistratur nicht [15]). Dass aber nur der Vater nicht die Mutter eine Gewalt über die Kinder hatte, erklärt sich eben daher, dass nach römischen Begriffen die Mutter nicht zeugt, sondern nur empfängt und das Empfangene ausbildet [16]). Was das Uebrige der väterlichen Gewalt betrifft, so wird dieses besser bei der Lehre von dem elterlichen Verhältnisse abgehandelt.

503. Die manus [17]) war ein für die Ehe gebildetes Gewaltverhältniss, und konnte daher nur an Personen weiblichen Geschlechtes statt finden [18]). Die mit ihr in den Zeiten des alten strengen Hausrechts verbundenen Wirkungen lassen sich noch in denen des späteren Rechts erkennen. Die Frau wurde dadurch juristisch wie die Tochter ihres Mannes [19]), daher auch wie eine Schwester seiner Kinder [20]),

14) Gaius I. 135., §. 9. J. quib. modis ius (1. 12).

15) Auf diese Gründe prüfend oder widerlegend einzugehen wäre unstreitig für die Wissenschaft erspriesslicher, als die Frage, wie Böcking durch Machtsprüche, oder wie Rein durch Ignoriren, abzumachen.

16) Varro de ling. lat. V. 61.

17) Die reiche Literatur darüber ist verzeichnet bei Rein Privatrecht S. 371—391.

18) Gaius I. 108. 109.

19) Filiae loco, Gaius I. 111. 114. 115b. 136. II. 139., Boeth. ad Topic. 3. Daher sagte eine lex, dass die Frau durch die manus in potestate viri sei, Tacit. ann. IV. 16., was freilich Zimmern I. §. 226. Note 7. nicht als einen streng juristischen Ausdruck gelten lassen will. Allein die Uebereinstimmung mit der filiafamilias zeigt sich auch darin, dass der Mann oder dessen Vater der Frau in manu im Testament

und wenn er noch in der väterlichen Gewalt stand, wie eine Enkelin seines Vaters wurde[21]). Sie trat also ganz in dessen Familie über und war nun im eigentlichen Sinne die Mutter des Hauses[22]). Ihrer eigenen Familie wurde sie fremd; sie erlitt eine minima capitis deminutio[23]); die Gewalt ihres Vaters, die Tutel ihrer Agnaten fiel weg; sie hörte auf deren Agnatin zu sein, oder wenn sie eine Freigelassene war, so gieng das Patronatrecht, wenigstens das, was daran civiler Natur war, unter[24]).

504. Die manus vorstand sich aber nicht schon von selbst kraft der Ehe, sondern sie musste, wenn sie statt finden sollte, in besonderer Weise begründet werden. Dafür gab es seit den ältesten Zeiten drei Formen: durch confarreatio, usus und coemtio[25]), wovon die Erste unstreitig nur den Patriciern, die beiden Anderen aber auch den Clienten und den Plebejern, Letzteren wenigstens seit den zwölf Tafeln, zugänglich waren. Die confarreatio bestand in einem feierlichen bedeutungsvollen Opfer, wobei der pontifex maximus, der flamen dialis und zehn Bürger, ursprünglich offenbar den zehn Curien eines Stammes ent-

einen Tutor setzen konnten, Gaius I. §. 148. Auf die blos vermögensrechtlichen Wirkungen beschränkt die manus auch Hase Comm. de manu iuris Romani p. 17—26. Dawider erklären sich aber mit Recht Jhering Geist des röm. Rechts II. 192—195., Rein Privatrecht S. 373—375.

20) Gaius III. 14. 24., Collat. leg. Mos. XVI. 6.

21) Neptis loco, Gaius II. 159. III. 3., Ulpian. XXII. 14. Man darf jedoch daraus nicht schliessen, als ob in diesem Falle der Vater des Ehemannes die manus gehabt habe. Diese war, wie jene Stellen deutlich sagen, bei dem Manne, wiewohl er filiusfamilias war. Anderer Meinung ist merkwürdigerweise Jhering II. 189. Man sehe aber dawider Gans Scholien zum Gajus S. 163., Böcking I. §. 45.

22) Dionys. II. 25. Sie hiess daher nun materfamilias, Cicero Topic. 3 (4)., Quintil. inst. orat. V. 10., Gellius XVIII. 6., Servius ad Aen. XI. 476. 581. Später hat dieser Ausdruck einen ganz anderen Sinn erhalten, Ulpian. IV. 1.

23) Gaius I. 162. IV. 38., Ulpian. XI. 13.

24) Gaius III. 51.

25) Gaius I. 110.

sprechend [26]), als Zeugen anwesend waren [27]). Die so geschlossenen Ehen wurden als besonders geheiligte angesehen [28]). Daher durfte die Würde eines flamen des Dis, des Mars und des Quirinus nur einem Sohn aus einer solchen Ehe verliehen werden [29]); sie mussten auch selbst in einer so geheiligten Ehe stehen [30]), und die darin erzeugten Kinder fungirten als Opferknaben [31]). Durch diese Verbindung mit den patricischen Priesterwürden blieb die confarreatio unter den Patriciern in Uebung, nachdem sie aus dem gemeinen Leben längst entschwunden war [32]). Jedoch wurde auch für diese der in dieser Form begründeten manus durch ein Gesetz unter Tiberius alle auf das bürgerliche Recht bezügliche Bedeutung genommen [33]), und endlich hörte mit der alten Religion auch die Form selbst auf [34]).

505. Durch usus entstand die manus, wenn die Frau ein Jahr ununterbrochen bei dem Manne gewohnt hatte [35]). Diese Entstehungsform war jedoch nicht zulässig bei Frauen, die unter einer Tutel [36]), also nur bei solchen, die in der

26) Diesen selbst von Niebuhr unbeachtet gebliebenen Punkt habe ich schon in der ersten Auflage hervorgehoben. So thut nun auch Mommsen Röm. Gesch. I. 5. S. 66.

27) Gaius I. 112., Ulpian. IX., Servius ad Georg. I. 31. ad Aen. IV. 103. 374.

28) Dionys. II. 25.

29) Tacit. ann. IV. 16.

30) Servius ad Aen. IV. 103. 374., Gaius I. 112.

31) Patrimi, matrimi, Servius ad Georg. I. 31., Tacit. hist. IV. 53., Festus v. Flaminius.

32) Aus dieser ausschliesslichen Beziehung auf die Patricier erklärt sich, weshalb Cicero pro Flacco 34. in dem von ihm behandelten Falle nur die beiden anderen Formen zu discutiren brauchte.

33) Tacit. ann. IV. 16., Gaius I. 136.

34) Ein sacerdos confarreationum und diffarreationum wird erwähnt bei Orelli T. I. n. 2648.

35) Gaius I. 111., Servius ad Georg. I. 31.

36) Cicero pro Flacco 34. Viele wollen aus dieser Stelle grade umgekehrt beweisen, dass mit der autoritas der Tutoren auch an einer mulier sui iuris der usus möglich gewesen wäre; so Zimmern I. §. 227., Rein S. 390. Allein die autoritas tutorum setzt ein formelles Geschäft voraus, wozu sie ertheilt wird. Ein solches ist aber grade dasjenige,

väterlichen Gewalt standen. Aber auch bei diesen gab es nach den Gesetzen der zwölf Tafeln ein Mittel, die Entstehung der manus zu verhindern, nämlich wenn die Frau jährlich drei Nächte hinter einander ausser dem Hause des Mannes zubrachte[37]). Dieses diente in jener Zeit, wo eine Scheidung durch die Frau selbst nach den Sitten noch schwierig war, dem Vater gegen einen Mann, dem er nicht traute, die väterliche Gewalt über seine Tochter und das daraus fliessende Rückforderungsrecht zu sichern. Diese Entstehungsform war aber bereits zur Zeit des Gajus theils durch ausdrückliche Gesetze abgeschafft, theils stillschweigend ausser Gebrauch gekommen[38]).

506. Die coemtio endlich bestand in einer Mancipation, das heisst in einem imaginären Kauf, der zwischen dem Mann und der Frau[39]), und zwar, wenn sie noch eine Haustochter war, mit der autoritas ihres Vaters[40]), sonst mit der ihrer Tutoren geschah[41]). Dabei gieng eine auf die eheliche und häusliche Gemeinschaft bezügliche gegenseitige Frage und Antwort vorher[42]), und es wurde zum Abschluss der coemtio eine Formel gesprochen, die aber von der bei der Mancipation ins mancipium gebräuchlichen verschieden war[43]). Die Einkleidung in die Kaufform war daher hier noch gekünstelter wie bei der Mancipation, weshalb auch dabei die scharfe innere Consequenz nicht nach allen Seiten hin festgehalten werden konnte[44]). Diese Entste-

---

was bei der Entstehung durch usus fehlt. Die Ehe an sich kann dafür nicht gelten, weil sie ganz formlos sein konnte und an die Tutoren nicht gebunden war. Die richtige Auslegung giebt Hasse Güterrecht der Ehegatten I. 69—72.

37) Gellius III. 2., Macrob. Saturn. I. 3.

38) Gaius I. 111.

39) Gaius I. 113., Servius ad Georg. I. 31. ad Aen. IV. 103. 214., Boeth. ad Topic. 3., Isid. V. 24., Cicero pro Murena 12., de orat. I. 56.

40) Collat. leg. Mos. IV. 2, 3. IV. 7.

41) Cicero pro Flacco 34, pro Cluent. 5., Gaius I. 195.

42) Dieses zeigt Ulpian bei Boethius ad Topic. 3.

43) Dieses sagt ausdrücklich Gaius I. 123.

44) Aus dieser Unbestimmtheit entstehen auch die verschiedenen

hungsform der manus wird von Gajus noch als geltend angeführt. Im Justinianischen Recht ist aber davon und

---

Meinungen der Neueren über diesen Gegenstand. Darüber ist Folgendes zu bemerken. 1) Hervorzuheben ist vor Allem, dass die Frau selbst es ist, welche die coemtio vornimmt. Dieses beweist erstens der Ausdruck: mulier coemtionem facit cum marito; zweitens der Ausdruck: patre auctore in manum convenit, tutore auctore coemtionem facit (Note 40. 41). Die Meinungen von Rein Privatrecht S. 385. und Anderen, der Vater oder Vormund habe die Frau mancipirt, ist ganz willkührlich, und hinsichtlich des Vormundes selbst juristisch unmöglich. — 2) Eigenthümlich ist dieser Kaufact darin, dass in ihm der Gedanke einer von der Frau mit dem Manne einzugehenden Gemeinschaft enthalten war. Dieses beweist ebenfalls der Ausdruck: mulier coemtionem facit cum marito. — 3) Frägt man also nach dem Gegenstand dieses Kaufes, so ist es möglich, dass man hier gar nicht an einen solchen dachte, sondern dass man die Mancipation eben nur rein als eine angenommene Form betrachtete, um dadurch die Frau in die manus und familia viri zu bringen, wie dieses beim usus der Fall war. — 4) Will man aber dabei einen bestimmten Gegenstand haben, so kann dieses nicht die manus, auch nicht Mann und Frau wechselseitig, sondern nur die Frau selbst sein, nur immer mit dem dabei vorbehaltenen und in der Mancipationsformel ausgesprochenen Zwecke der manus. Dieses ist auch die Ansicht von Puchta Institutionen III. §. 285. — 5) Der Einwand, den Böcking Institutionen I. §. 46., Rein S. 385. gegen eine Selbstmancipation aus dem Grundbegriff der Mancipation erheben, trifft nicht zu, weil wir es hier mit rein gekünstelten Verhältnissen zu thun haben. Nach den römischen Grundbegriffen ist eine usucapion an Freien eben so unmöglich als eine eigentliche Selbstmancipation; und doch heisst es hier: velut annua possessione usucapiebatur, Gaius I. §. 111. Möchte doch Böcking nicht das, was nicht grade an seinen Massstab passt, gleich für „lächerlich“ erklären. — 6) Eigenthümlich ist die Ansicht von Böcking. Er betrachtet als Gegenstand der Mancipation nicht die Frau, sondern ihre familia, ihr Vermögen. Bei einer alieno iuri subiecta femina sei „zwar natürlich die Person der Frau selbst, die ja kein Vermögen für sich haben konnte, von demjenigen mancipirt worden, in dessen ius sie gestanden; aber nur, weil sie wegen des alienum ius kein Vermögen für sich haben gekonnt, sei hier nicht die familia mancipirt worden.“ Die Römerinnen heiratheten aber sehr jung, also regelmässig bei Lebzeiten ihres Gewalthabers. Wozu also ein Princip, das unter zehn Fällen neunmal nicht passte? Jene Auffassung wird auch selbst durch Gaius I. 123. widerlegt. Denn die Vergleichung, welche dieser hier zwischen der coemtio und dem mancipium macht, wäre nicht möglich

von der manus überhaupt nicht mehr die Rede. Was übrigens die Beendigung der manus und ihre Wirkungen fürs Vermögen betrifft, so wird davon unten in Verbindung mit der Ehe die Rede sein.

507. Die Form der coemtio wurde aber nach der Erfindung der Juristen auch zu rein künstlichen Nebenzwecken benutzt. Es gab Fälle, wo es für ein Weib von Interesse war in dem mancipium eines Andern zu sein, wenn auch blos zu dem Zwecke um von ihm wieder daraus manumittirt zu werden. Bei einer Haustochter konnte dieses durch eine vom Vater an den Anderen geschehende Mancipation derselben erreicht werden. Bei einem Weibe, das nicht in einer Gewalt stand, bewirkte man dasselbe so, dass sie sich durch eine coemtio in die manus irgend eines Mannes brachte, jedoch ohne dass zugleich eine Ehe bedungen ward, sondern lediglich damit er sie dem Anderen remancipirte und dieser sie manumittirte[45]). Ja es konnte nun selbst mit dem eigenen Ehemann eine coemtio blos zu einem solchen Nebenzwecke geschehen. Doch kam auch dann das Weib zu ihm in das Verhältniss einer Tochter[46]); niemals aber da, wo der coemtionator ein Fremder war[47]).

508. Das mancipium ist erst aus den Quellen der späteren Zeit bekannt, wo seine Bedeutung schon abgeschwächt war. Es entstand dadurch, dass ein freier aber in einer Gewalt befindlicher Mensch von dem Gewalthaber einem Anderen mancipirt wurde, also ein Kind von seinem Vater[48]), eine Frau von demjenigen, der sie in manu hat[49]). Es wird also hier dem Sächlichen, welches die

---

gewesen, wenn nicht jene sich auch auf die Person bezogen hätte; und von der Beziehung zum Vermögen sagt er kein Wort, was doch, wenn sie bestanden hätte, so nahe lag. Gegen Böcking erklärt sich selbst Rein S. 386.

45) Gaius I. 114. 115. 115a. 118. 118a. 195.

46) Gaius I. 115b.

47) Gaius I. 118. 136.

48) Gaius I. 116. 117.

49) Gaius I. 118., Festus v. remancipatam.

Gewaltverhältnisse nach römischen Begriffen schon an sich haben, durch die Mancipirung ein noch stärkerer Stempel aufgedrückt. Das Verhältniss war daher in der alten Zeit unstreitig der servitus fast in allen Punkten analog[50]). Die Gewalt fiel dabei wie bei Knechten mit dem Begriff von Eigenthum zusammen; sie hörte daher mit dem Tode des Gewalthabers nicht auf, sondern gieng auf die Erben über: sie konnte auch in die Hand eines Weibes kommen, und die Art der Freilassung war ganz der bei Knechten entsprechend. Von einer Fortdauer der politischen Rechte, wie bei Haussöhnen, konnte daher nicht die Rede sein. Darin war aber zwischen diesem Zustand und der Knechtschaft ein Unterschied, dass die Rechte der Ingenuität nicht schlechthin verloren, sondern nur suspendirt waren. Daran knüpften sich noch andere Unterschiede. Ein mancipirter Freigeborener stand nicht wie ein Knecht im Besitz[51]); eine schlechte Behandlung durch den Gewalthaber gab das Recht zu einer Injurienklage[52]); seine Ehe war rechtsgültig, die darin erzeugten Kinder fielen nicht ins mancipium des Gewalthabers, sondern ihr Zustand galt, wenigstens nach der späteren Jurisprudenz, als suspendirt; wurde ihr Vater wieder frei, so fielen sie in dessen Gewalt; starb er im mancipium, so wurden sie sui iuris[53]). Im Vermögensrecht blieb es zwar dabei, dass der Mancipirte wie der

50) Dieses liegt in der juristischen Consequenz, und wird dadurch bestätigt, dass bei Cicero pro Caecina 34. derjenige, den sein Vater verkauft hat, mit demjenigen, welcher vom Volke zur Strafe als Knecht verkauft worden ist, zusammengestellt wird. Ja es wird sogar von den Mancipirten gesagt: aliorum fiunt domini, Festus v. emancipati. Selbst bei den Handlungen, wo die Mancipation nur zum Schein vorkam, gerieth man in eine imaginaria servilis causa, fr. 3. §. 1. D. de capit. minut. (4. 5), Theophil. I. 12. §. 6. Daher heisst es auch noch später: servorum loco erant, Gaius I. 123. 138. III. 114.

51) Gaius II. 90.

52) Gaius I. 141. Doch lässt sich zweifeln, ob er selbst diese gleich anstellen konnte, oder erst nach der Freilassung, oder nur sein Vater für ihn.

53) Gaius I. 135.

Knecht Alles für den Herrn erwarb [54]). Allein die Obligationen, die er im Zustande des mancipium contrahirte, wurden doch nach einem anderen Princip behandelt; der Gläubiger konnte sich nämlich an das Vermögen halten, welches Jener besitzen würde, wenn er nicht ins mancipium gekommen wäre [55]). Ueberhaupt ist es aber zweifelhaft, ob Mancipationen von Frauen kraft der manus jemals anders als zur Einkleidung anderer Zwecke vorkommen konnten [56]); und auch an Kindern beschränkte sich in der späteren Zeit die reelle Bedeutung des mancipium fast nur auf den Fall, wenn ein Vater sein Kind als Ersatz für einen begangenen Schaden ins mancipium gab [57]). Die Freilassung geschah durch vindicta, census [58]) oder Testament; die Beschränkungen der lex Aelia Sentia und Furia Caninia fanden aber dabei nicht statt [59]). Der Freigelassene erhielt die vollen Rechte der Ingenuität zurück [60]); ob er aber nicht doch in der alten Zeit in die für die gewöhnlichen Freigelassenen bestimmten städtischen Tribus eingeschrieben wurde, lässt sich nicht bestimmen. Dem Freilasser verblieb eine Art von Patronatrecht, welches besonders bei der Vormundschaft und im Erbrecht wichtig war [61]).

---

54) Gaius II. 86. 90. 96.

55) Gaius IV. 80. Böcking Institutionen I. §. 46. Note 5. §. 48. Note 7. will dieses zwar, wenn ich ihn recht verstehe, blos auf die Schulden beschränken, welche Einer in das mancipium mitbringt; eben so Huschke Gajus S. 175 — 179. Allein jene Stelle redet ganz allgemein.

56) Gaius I. 115. 118 a. 195.

57) Gaius I. 118. a. 141. IV. 79.

58) Eine eigenthümliche Meinung hat darüber Jhering Geist des röm. Rechts II. 190. 563. Er will aus Gaius I. 140. folgern, das durch Mancipirung des Sohnes durch den Vater begründete mancipium (mit Ausnahme der nexae datio) habe mit jedem Lustrum aufgehört. Allein die Stelle sagt von den blos dicis causa Mancipirten: quin etiam invito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, was doch etwas Anderes ist.

59) Gaius I. 138. 139. 140.

60) C. 10. C. de patr. potest. (8. 47).

61) Ulpian. XI. 5., Gaius I. 115.

509. Uebrigens gab es im römischen Recht noch einige andere dem mancipium ähnliche Abhängigkeitsverhältnisse. Dahin gehört zunächst der Zustand des seinem Gläubiger adjudicirten insolventen Schuldners [62]). Dieser musste nämlich die Schuld in dessen Hause abverdienen; konnte aber, wenn sie bezahlt war, die Freiheit verlangen und erhielt dann seine Tribus zurück [63]). Auf ähnliche Art verhielt es sich mit demjenigen, der durch den Nexus Schuldknecht geworden [64]), und mit dem gefangenen Römer, der von einem andern Römer mit Geld gelöst worden war [65]). Ferner ist derjenige, der sich als Gladiator verkaufte, hieher zu zählen [66]). Endlich wurde nach den Gesetzen der zwölf Tafeln auch der auf der handhaften That ertappte Dieb dem Bestohlenen addicirt. Doch stritten die Juristen darüber, ob dadurch eine wahre Knechtschaft oder nur ein dem adjudicirten Schuldner ähnlicher Zustand bewirkt wurde [67]).

510. In dem neueren Recht entstand in dem Colonate noch eine hieher gehörende Rechtsform [68]). Die Colonen waren Freie, und konnten daher wahre Ehen eingehen [69]); allein durch ihre Abhängigkeit vom Grund und Boden wurden sie in vielen Stücken den Knechten ähnlich. Dem Grundherrn wurde eine Gewalt an ihnen beigelegt [70]); er hatte über sie ein eigenes Züchtigungsrecht [71]); sie konnten gegen ihn in der Regel nicht zu Gericht gehen [72]);

62) Gaius III. 199., Gellius XX. 1.

63) Quintilian. inst. orat. V. 10, 60. VII. 3, 27., Declam. 311.

64) Das Nähere darüber im Kap. XV.

65) Man sehe §. 458.

66) Der auctoratus, Gaius III. 199., Collat. leg. Mosaic. IV. 3., Brisson. de formul VIII. 50.

67) Gaius III. 189., Gellius XI. 18. XX. 1.

68) Man sehe §. 422.

69) C. 24. C. de agricol. (11. 47), nov. Valentin. tit. XXX. de colonis vagis c. 1. §. 2. 3.

70) C. 21. C. de agricol. (11. 47).

71) C. 24. C. de agricol. (11. 17), c. 52. 54. C. Th. de haeret. (16. 5).

72) C. 2. C. in quib. caus. coloni (11. 49).

entflohene Colonen wurden wie flüchtige Knechte verfolgt[73]); ja wenn der Grundherr selbst einen Colonen abgesondert vom Gute verkauft hatte, war eine Vindication desselben gestattet[74]). Uebrigens aber machte der Colone das, was er sparte und erwarb, zu seinem Eigenthum; nur durfte er davon, wenn es Grundstücke waren, so wenig wie von dem ihm in Cultur gegebenen Boden etwas veräussern[75]); daher wurde das, was er unter sich hatte, zusammen, wiewohl sehr uneigentlich, sein Peculium genannt[76]). Was die Entstehung des Colonates betrifft, so gründete sich diese regelmässig auf die Geburt. Gehörten die Eltern verschiedenen Grundherrn, so gab es darüber, wie die Kinder getheilt werden sollten, zu verschiedenen Zeiten verschiedene Regeln[77]). Bei der Ehe zwischen Colonen und wirklich Unfreien folgte das Kind der Mutter[78]). Dasselbe geschah mit den Kindern, die ein Freier mit einer Colonin zeugte[79]). Hinsichtlich der Kinder eines Colonen mit einer Freien gab es aber mehrere sich widerstreitende Verordnungen[80]). Kinder von einem freien Bauern mit einer fiscalischen Colonin, oder umgekehrt, wurden nach einem

73) C. 1. 2. C. Th. de colon. fugitiv. (5. 9), c. 6. 12. 23. pr. §. 2. C. de agricol. (11. 47), c. 1. C. de colon. Thrac. (11. 51), c. 1. C. de colon. Illyr. (11. 52), c. 2. C. de fugit. colon. (11. 63). Die Aehnlichkeit dieser Verordnungen mit den oben (§. 475) angeführten fällt in die Augen.

74) C. 7. C. de agricol. (11. 47).

75) C. 1. C. Th. ne colonus (5. 11), c. 2. C. in quib. caus. coloni (11. 49).

76) C. 1. C. Th. de inquilin. (5. 10), c. 18. 23. §. 2. C. de agricol. (11. 47), c. 2. C. in quib. caus. coloni (11. 49).

77) C. 1. C. Th. de inquilin. (5. 10), c. 3. C. ut nemo (11. 53), c. 1. C. de praed. Tamiac. (11. 68), nov. 156. 162. c. 3. Blos eine locale und vorübergehende Vorschrift war die nov. 157.

78) C. 21. C. de agricol. (11. 47).

79) C. 1. C. Th. de inquilin. (5. 10), c. 16. 21. 24. C. de agricol. (11. 47), c. 4. C. de agric. et mancip. (11. 67).

80) Nov. 54. pr. c. 1., c. 24. C. de agricol. (11. 47), nov. 162. c. 2., const. Iustin. de adscript. et colon. a. 540.

besonderen Gesetze immer Colonen des Fiscus[81]). Ferner entstand der Colonat durch Verjährung, wenn ein Freier dreissig Jahre lang als Colone unter einem Grundherrn gesessen hatte; jedoch behielt dieser sein Vermögen als völlig freies Eigenthum ohne die oben angeführte Beschränkung[82]). Endlich konnte man sich auch freiwillig in den Colonat begeben, wenn man diese Absicht gerichtlich erklärte und zugleich mit einer im Colonate stehenden Person eine Ehe eingieng[83]); und auch zur Strafe konnte er entstehen, indem arbeitsfähige Bettler dem, der sie anzeigte, als Colonen zugesprochen wurden[84]). Eine freiwillige Entlassung aus dem Colonate und Trennung vom Gute gab es aber nicht[85]), weil die Einrichtung auf das Interesse der Landescultur und die Steuererhebung berechnet war. Aus diesem Grunde wurde auch die Auflösung durch Verjährung, welche früher gestattet war[86]), von Justinian abgeschafft[87]). Selbst der geistliche Stand machte vom Colonate erst dann ganz frei, wenn man zur Würde eines Bischofs gelangte[88]).

81) C. 1. C. de praed. Tamiae. (11. 68).

82) C. 18. 23. §. 1. C. de agricol. (11. 47). Dasselbe trat ein im Fall der nov. 162. c. 2. Solche Personen bildeten daher eine freiere Classe von Colonen. Die liberi coloni in der Note 81. angeführten Stelle darf man jedoch darauf nicht beziehen.

83) Nov. Valentin. III. tit. XXX. de colon. vagis c. 1. §. 5. 6.

84) C. 1. C. de mendic. valid. (11. 25).

85) C. 21. C. de agricol. (11. 47).

86) C. 1. C. Th. de inquilin. (5. 10), nov. Valentin. III. tit. XXX. de colon. vagis c. 1. pr. §. 1. 2. 3.

87) C. 23. pr. C. de agricol. (11. 47).

88) C. 11. 16. 37. pr. C. de episc. (1. 3), nov. 123. c. 4. 17.

Sechstes Kapitel.

Von der Familie.

511. Das römische Familienrecht beruht auf der Verbindung des eigenthümlich Nationalen mit dem allgemein Menschlichen, der strengen juristischen Denkform mit dem durch das sittliche Gefühl Gegebenen, welche alle Grundordnungen des römischen Lebens auszeichnet. Ersteres zeigt sich in der grossen Bevorzugung des Mannsstammes, und in der ungewöhnlichen Gewalt und Autorität, die der Hausvater als Hausherr[1]) über Weib und Kinder ausübte[2]). Letzteres zeigt sich in der von dem Recht überall vorausgesetzten von der Sitte und der censorischen Gewalt geschützten[3]) ehelichen und elterlichen Liebe und kindlichen Pietät[4]), und in den unter allen Blutsfreunden ohne Unterschied sich von selbst verstehenden, und zum Theil selbst juristisch anerkannten Banden der Affection. Das Einzelne ist nun so darzustellen, dass zuerst von den Agnaten und Cognaten, dann von der Ehe, endlich von dem elterlichen Verhältnisse gehandelt wird.

512. Der Begriff der Zeugung, wie derselbe bei der väterlichen Gewalt aufgefasst wurde, führt von selbst dahin, dass der Vater auch die Kinder, die von seinen Söhnen gezeugt waren, und so auch die ferneren Nachkommen mittelbar als aus sich gezeugt betrachtete. Die Personen, welche sich von einem gemeinschaftlichen Ahnherrn, gleichviel ob dieser noch lebte oder verstorben war, als zu einander gezeugte Glieder desselben Leibes betrachten konn-

1) Qui in domo dominium habet (§. 16. Note 39).

2) Man sehe §. 16.

3) Man sehe §. 205.

4) Gut äussern sich darüber Mommsen Röm. Gesch. I. 5., Jhering Geist des röm. Rechts II. 200—222.

ten, hiessen Agnaten[5]), und diese bildeten allein im Sinne Rechtens das Haus, die Familie[6]). Auch die Kinder und Enkel im Mannsstamm wurden im Allgemeinen mit unter den Agnaten des Vaters verstanden[7]); jedoch war es seit uralten Zeiten gewöhnlicher, die Kinder und die Enkel, die beim Tode des Hausvaters unmittelbar unter dessen Gewalt gestanden hatten, in Beziehung auf dessen Beerbung nach einem der Wortbedeutung nach nicht ganz klaren Ausdruck sui oder sui heredes zu nennen[8]). Desgleichen entstand schon früh ein Sprachgebrauch, welcher unter den Agnaten die Geschwister durch die besondere Benennung consanguinei unterschied[9]). Kinder von einer Tochter her gehörten aber zur Familie des mütterlichen Ahnherrn nicht, sondern zu der ihres Vaters[10]). Ausser der wirklichen Zeugung entstand übrigens eine Agnation auch in allen Fällen, wo Einer zu einem Anderen durch Adoption oder manus auf künstliche Art in das Verhältniss eines von ihm erzeugten Kindes oder Enkels kam. Es gab daher eine Agnation, welche auf einer natürlichen Grundlage beruhte, und eine, die blos ein künstliches juristisches Product war[11]). In beiden Fällen war sie etwas Civilrechtliches[12]); die Latiner oder Peregrinen hatten daher unter sich keine Agnationsrechte. Auch ein freigelassener Knecht konnte natürlich weder nach Oben noch nach der Seite hin kraft wirklicher Zeugung Agnaten

5) Gaius I. 156. III. 10., §. 1. J. de legit. agnat. tutel. (1. 15).

6) Ulpian. XI. 4., fr. 10. §. 2. D. de grad. cognat. (38. 10), fr. 195. §. 2. D. de verb. sign. (50. 16). In einem engeren Sinne begriff man unter Familie, wie die letzte Stelle zeigt, die unter einem noch lebenden Hausvater befindlichen Kinder.

7) Fr. 12. D. de suis (38. 16).

8) Gaius II. 156. 157., Ulpian. XXII. 14. XXVI. 1., fr. 10. §. 3. D. de gradib. (38. 10).

9) Ulpian. XXVI. 1. 7., fr. 2. pr. §. 1. D. de suis (38. 16).

10) Fr. 196. §. 1. D. de verb. sign. (50. 16).

11) Fr. 4. §. 2. D. de gradib. (38. 10).

12) Sie biess daher legitima oder civilis cognatio, Gaius III. 10., fr. 4. §. 2. · r. 10. §. 4. D. de gradib. (38. 10).

haben [13]); und selbst das in der Knechtschaft erzeugte, nachher aber mit dem Vater manumittirte Kind wurde ohne besondere Concession nicht dessen Agnate [14]). Eben so verhielt es sich mit den aus dem mancipium Freigelassenen; denn die Agnation, welche sie gehabt hatten, ehe sie ins mancipium gerathen waren, erhielten sie nicht zurück [15]). Verloren wurde die Agnation, sowohl die natürliche wie die künstliche, wie sich von selbst versteht [16]), mit dem Verlust der Freiheit und Civität; dann aber auch durch eine minima capitis deminutio [17]), wovon gleich unten die Rede sein wird.

513. Neben der civilrechtlichen Agnation wurden aber, wie bemerkt, auch die Bande der natürlichen Blutsfreundschaft [18]) in den Sitten und im Rechte vielfach berücksichtigt [19]); namentlich war dieses in dem unter Cognaten herkömmlichen Recht des Freundschaftkusses [20]) und in der um einander statt findenden Todtentrauer sichtbar [21]). Die Cognation in dieser rechtlichen Bedeutung begriff regelmässig sechs Zeugungen, sowohl in der graden [22]) wie in der Seitenlinie [23]), reichte also im Falle gleicher Zeugungen bis

13) Theophil. III. 7. pr. Auf künstliche Art, nämlich durch die manus und durch Adoption, konnten sie aber Agnaten erhalten.

14) Fr. 46. D. de adopt. (1. 7).

15) Der Beweis liegt in der Lehre von der Tutel.

16) Fr. 11. D. de capit. minut. (4. 5).

17) Gaius I. 158—163.

18) Naturalis cognatio, fr. 4. §. 2. D. de gradib. (38. 10), Gaius I. 156.

19) Das darauf Bezügliche hat Klenze in seiner Abhandlung über die Cognaten und Affinen (Savigny Zeitschr. VI. 1—114) gut zusammengestellt. Das Einzelne wird bei den einschlagenden Verhältnissen vorkommen.

20) Ius osculi, Plutarch. quaest. Rom. 6. de virtut. mulier. (ed. Reisk. T. VII. p. 5), Polyb. ap. Athenaeum ed. Schweigh. X. 56. p. 144. (ed. Casaub. X. 11. p. 440), Plinius hist. nat. XIV. 14 (13), Gellius X. 23.

21) Festus v. minuitur, Paul. sent. rec. I. 21. §. 13. 14.

22) Darauf beruht noch fr. 10. §. 7. D. de gradib. (38. 10), fr. 4. §. 2. D. de in ius voc. (2. 4), Paul. sent. rec. IV. 11. §. 7.

23) Fr. 1. §. 3. D. unde cognati (38. 8).

auf die Sobrinen; in einigen Fällen noch einen Grad weiter[24]). Dieses Recht der Blutsfreundschaft konnte auf keine Weise künstlich zerstört werden[25]). Auch aus einer unehelichen Geburt entstand eine natürliche Cognation des Kindes der Mutter[26]). Die servi hingegen hatten auch nicht einmal im natürlichen Sinn eine Familie und Blutsfreundschaft[27]); selbst nach der Freiwerdung wurden die während der Knechtschaft entstandenen Verwandtschaften rechtlich nicht als solche geachtet[28]), und erst Valentinian III.[29]) und Justinian[30]) haben dieses in Beziehung auf die Erbfolge modificirt. Die Peregrinen und Latiner hatten zwar im natürlichen Sinne eine Cognation; allein die daran geknüpften bürgerlichen Vortheile hatten sie nicht. Selbst wenn Einer mit den Seinigen das Bürgerrecht erhielt, so musste er um die Verleihung jener Cognationsrechte besonders bitten; erst Trajan hat dieselben den Latinern, die zur Civität gelangten, ein für allemal mit beigelegt[31]). Auch mit der Affinität war ein bestimmter Kreis von Rechten verknüpft[32]).

514. Das Familienwesen hatte aber auch seine eigenthümlichen religiösen Beziehungen, theils durch die heiligen

---

24) Die Beweise werden bei den einzelnen Fällen vorkommen.

25) Gaius I. 158., Ulpian. XXVIII. 9., fr. 8. D. de regul. Iur. (50. 17). Die daran geknüpften juristischen Vortheile konnten freilich zur Strafe entzogen werden. Dieses ist der Sinn von §. 6. J. de capit. demin. (1. 16), fr. 4. §. 11. D. de gradib. (38. 10). Man sehe Savigny System II. S. 73.

26) Fr. 4. §. 2. D. de gradib. (38. 10).

27) M. Seneca controv. III. 21., fr. 10. §. 5. D. de gradib. (38. 10), fr. 12. §. 4. D. de accusat. (48. 2).

28) Fr. 7. D. unde cognat. (38. 8), §. 6. J. de capit. demin. (1. 16). Eine Ausnahme machte man jedoch bei der Verheirathung solcher Personen unter einander, fr. 14. §. 2. 3. D. de ritu nupt. (23. 2), §. 10. J. de nupt. (1. 10).

29) Nov. Valentin. III. tit. XXIV. de libertis c. 1. §. 2. 6. 7. Savigny System II. §. 65. Note o. hat diese Stelle übersehen.

30) §. 10. J. de gradib. cognat. (3. 6).

31) Plinius paneg. 37. 39. Man sehe §. 331. Note 99.

32) Fr. 4. §. 3. fr. 10. pr. D. de gradib. (38. 10).

Gebräuche, deren Begehung jedem Vorsteher eines Hauswesens zu bestimmten Zeiten und Gelegenheiten oblag[33]), theils wegen der besonderen sacra, welche Stiftungen gewisser Familien waren[34]). So waren die Glieder des Hauses auch durch die Religion vielfach verbunden. Aber auch noch ausserhalb des Hauses währte dieser Einfluss fort, und von den Cognaten und Affinen wurde jährlich unter einander in den Caristien ein ausschliesslich dazu bestimmtes Fest begangen[35]).

515. Hier ist endlich auch der Ort, von der mehrmals erwähnten minima capitis deminutio zu handeln[36]). Diese trat in folgenden Fällen ein[37]): bei einem homo sui iuris, wenn er durch Arrogation in die Gewalt eines Hausvaters, oder wenn eine selbstständige Frau in die manus eines Mannes kam: bei einem homo alieni iuris, wenn ein Hauskind durch Adoption der Gewalt eines Anderen als Hausvaters unterworfen wurde; ferner bei den Kindern eines Arrogirten, indem diese ihrem Vater folgten[38]); ferner wenn eine Haustochter in die manus eines Mannes kam; endlich wenn ein Hauskind aus der väterlichen Gewalt oder der manus in das mancipium gebracht wurde, sei es um darin zu bleiben, oder um daraus manumittirt zu werden. Diese Manumission isolirt für sich war aber keine capitis demi-

---

33) Cato de re rust. 143. (144). Scito dominum pro tota familia rem divinam facere.

34) Ueber Beide sehe man §. 148.

35) Man sehe §. 149. Note 147.

36) Darüber sind besonders folgende neuere Schriftsteller zu bemerken: Savigny System II. §. 68—75. und Beilage VI., Puchta Institutionen II. §. 220., Böcking Institutionen I. §. 58., Becker Röm. Alterth. II. 1, 114—120. 404—406., Scheurl Beiträge S. 232—268., Lange Röm. Alterth. I. 86. 156—158., Rein Privatrecht S. 124—129., Zielonacki Abhandl. S. 45—82.

37) Gaius I. 162. IV. 38., Ulpian. XI. 13., Paul. sent. rec. III. 6. §. 29., §. 3. J. de capit. demin. (1. 16). Lange fügt zu den hier aufgezählten Fällen die causae probatio hinzu. Dieses ist aber nicht in den Quellen begründet.

38) Dieses sagt fr. 3. pr. D. de capit. minut. (3. 5).

nutio[39]). Allgemeiner geredet definiren die römischen Juristen die minima capitis deminutio als den Fall, wo unbeschadet der Freiheit und Civität blos die Familie[40]), oder nach einem anderen Ausdruck der status eines Menschen[41]) verändert werde. Welcher allgemeine Rechtsbegriff aber bei diesem Allem zum Grunde liegt, ist sehr bestritten. Einige setzten das Wesen dieser capitis deminutio in eine Veränderung der Familie im eigentlichen Sinne, also der Agnation[42]). Andere reduciren dieselbe auf eine Veränderung, die in dem sui oder alieni iuris esse einer Person eingetreten sei[43]). Nach einer dritten Ansicht ist hier sta-

39) Dawider scheint Gaius I. 162. Allein der Satz: qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur, ist copulativ, nicht disjunctiv zu nehmen, und ist augenscheinlich eine Umschreibung der Emancipation. So sagen auch Savigny, Puchta, Böking, Becker.

40) So definirt Paullus im fr. 3. pr. fr. 7. pr fr. 11. D. de capit. minut. (4. 4).

41) Ulpian. XI. 13., §. 3. J. de capit. demin. (1. 16), Gaius I. 162.

42) Dieser Ansicht ist auch Puchta. Um aber zu erklären, wie die Agnation als Bedingung der Rechtsfähigkeit neben die Freiheit und Civität gestellt werden konnte, beruft er sich auf die alte Zeit, wo die Familie in Verbindung mit der Gentilität wesentlich eine staatsrechtliche Bedeutung gehabt habe. Dieses ist jedoch durchaus ungenügend.

43) Darauf beruht die Theorie von Böcking Institutionen I. §. 58., worüber Folgendes zu bemerken ist. 1) Er schreibt: „Die Rechtsfähigkeit der mit der römischen Civität begabten Person nach römischem Civilrecht bestimmt sich durch ihre Stellung als sui iuris oder alieno iuri subiecta persona; diese Stellung hat das Subject wesentlich nicht bloss als Glied der Familie, sondern indem dieses zugleich Mitglied des römischen Staates ist: so (?) ist der status die Bedeutung, welche als Subject von Privatrechten in der Eigenschaft einer sui iuris oder alieno iuri subiecta persona das Staatsmitglied nach römischem Civilrecht hat." Aber wie kam denn der römische Staat dazu die ganze Rechtsfähigkeit blos aus der Stellung des sui oder alieni iuris esse gleichsam wie aus einer Ecke anzuschauen, und die gesammte Staatsmitgliedschaft mit jener Eigenschaft in Eins zusammen zu ziehen? — 2) Er schreibt ferner: „Die Eigenschaft des einzelnen einen solchen bestimmten status zu haben, d. h. in seiner Person einen solchen Rechtskreis (eine bestimmte familia) vorzustellen oder Oberhaupt desselben zu sein, oder ihm als freies Mitglied anzugehören, ist

tus die Stellung, die ein Mensch in irgend einem der verschiedenen Arten der Familienverhältnisse einnimmt, und minima capitis deminutio ist jede Veränderung dieses status zum Nachtheil der Rechtsfähigkeit[44]).

516. Was die Wirkungen dieser capitis deminutio betrifft, so sind diese ganz eigenthümlicher Art. Es giengen nämlich dadurch nicht blos die Rechte zu Grunde, welche wie die Agnation[45]) und das Intestaterbrecht[46]) schon nach der Natur der Sache mit der Familie zusammenhängen, sondern auch andere civilrechtliche Verhältnisse, Patronat, Tutel, Ususfructus, Forderungen, Schulden[47]). Dieses lässt sich nur[48]) durch die Annahme erklären, dass bei dieser capitis deminutio im Sinne des Civilrechts gleichsam eine Umwandlung der Persönlichkeit vorgieng[49]). Wie aber das

---

das caput." Allein dieser Begriff von caput ist, wie auch Rein bemerkt, zu eng; caput heisst überhaupt juristische Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit (§. 457). — 3) Das caput, so behauptet Böcking weiter, werde daher in jedem der drei Fälle der capitis deminutio zerstört, nicht in zweien blos vermindert, weshalb diminutio zu schreiben sei. Dieses hat aber Becker schon aus sprachlichen Gründen widerlegt. — 4) Jene Darstellung ist jedoch überhaupt so geschraubt, dass ich ihren Sinn gefasst zu haben nicht ganz sicher bin. Eben so äussert sich aber auch Becker. — 5) Gegen Böcking erklären sich aus verschiedenen Gründen auch Becker, Scheurl, Rein, Zielonacki.

44) Dieses ist die Meinung von Savigny. Mit dieser Ansicht ist es aber, wie auch Puchta II. §. 220. Note tt. richtig bemerkt, nicht vereinbar, dass die Kinder eines Arrogirten oder die Haustochter durch Uebergang in die manus eine capitis deminutio erleiden. Auch passt dazu nicht der Begriff, den Paulus von der capitis deminutio aufstellt. Savigny ist daher genöthigt, diesem Juristen eine irrige Auffassung dieses Verhältnisses beizumessen.

45) Gaius I. 158. 163., §. 3. J. de legit. agnat. tutel. (1. 15).

46) Ulpian. XXVII. 5., fr. 1. D. unde legitimi (38. 7), Gaius III. 51.

47) Genau sind die Einzelnheiten discutirt von Savigny, Scheurl, Zielonacki.

48) Der gewöhnliche aus fr. 3. §. 1. D. de cap. minut. (4. 5) entlehnte Erklärungsversuch durch die imaginaria servilis causa passt zwar auf die Adoption und Emancipation, nicht aber auf die Arrogation und die manus.

49) Diese Ansicht habe ich bereits in der ersten Auflage 1840 ausgesprochen. Fast gleichzeitig und davon unabhängig schrieb auch

Civilrecht zu dieser Auffassung kam, erklärt sich befriedigend nur dann, wenn man, den Begriff der minima capitis deminutio als Veränderung der familia oder Agnation festhaltend, auf die der Agnation selbst zum Grunde liegende Idee der Zeugung zurückgeht. Man gewinnt dann für alle Fälle das Gemeinschaftliche, dass man dadurch von seiner Familie als Glied getrennt wurde, so als ob man nie zu derselben gezeugt gewesen wäre [50]); und zwar trat man entweder in eine andere Familie wie ein erzeugtes Glied derselben ein, oder man wurde wie ein Knecht einem Herrn unterworfen, oder man wurde durch die Zerstörung des Familienbandes sein eigener Herr. Es gieng also in der That juristisch eine Umwandlung der „angezeugten" Persönlichkeit vor sich. Allerdings war diese Ansicht mit den daraus gezogenen Folgerungen etwas Künstliches; daher wurde sie auch im Fortschritte der Zeit wesentlich gemildert. Die Verminderung des caput schadete nun den Erbrechten nicht, die aus späteren Gesetzen und Senatusconsulten flossen [51]); desgleichen hob sie nur die Tutel auf, die durch die zwölf Tafeln [52]), nicht diejenige, die durch ein neueres Gesetz deferirt war [53]); auch auf die natürlichen Cognationsrechte war sie ohne Einfluss [54]), und man behielt selbst die Klagrechte aus den Obligatio-

Savigny System II. 70. „Dabei lag, wie es scheint, der Gedanke zum Grunde, dass jede Art der capitis deminutio den, der sie erleidet, gleichsam zu einem neuen Menschen mache." Diese haben dann auch Scheurl und Zielonacki adoptirt. Allein auf den bei der minima capitis deminutio eintretenden specifischen Grund lassen sie sich nicht ein.

50) Auf diesen Begriff der Trennung und Ablösung von der eigenen Familie zielt auch die Formel der Arrogation und die bei der Adoption und Emancipation verkommende künstliche Mancipation.

51) Fr. 11. D. de suis (38. 10), fr. 1. §. 8. D. ad SC. Tertull. (38. 11), §. 2. J. de SC. Orfit. (3. 4).

52) Ulpian. XI. 9., Gaius I. 168. 169. 170., fr. 3. §. 9. fr. 5. §. 5. D. de legit. tutor. (26. 4).

53) Fr. 7. pr. D. de cap. minut. (4. 5), §. 4. J. quib. mod. tutela (1. 22).

54) Gaius I. 158. III. 27., Ulpian. XXVIII. 9., §. 3. J. de legit. agnat. tut. (1. 15).

nen, die auf einem natürlichen Fundamente beruhten [55]). Umgekehrt wurden auch die Rechte dritter Personen gegen die Verminderung des caput gesichert. Klagen aus Delicten konnten sie noch immer verfolgen [56]); aus Contracten blieb ihnen wenigstens eine natürliche Obligation [57]), und das prätorische Edict ertheilte wegen der verlorenen Klagrechte sogar eine Restitution [58]). Doch gab es noch immer gewisse Arten von Forderungen, die durch die minima capitis deminutio des Gläubigers zerstört wurden [59]); so selbst noch im Iustinianischen Recht der Anspruch des Patrons auf die bei der Freilassung eidlich versprochenen Dienste [60]). Auch beim Ususfructus und Usus bestand das alte Recht fort [61]), und erst Justinian hob dasselbe auf [62]). Uebrigens erlitten aber die öffentlichen Rechte durch eine solche capitis deminutio, ausser bei der Hingabe ins mancipium, keine Veränderung [63]). Dass die Veränderung des caput nach der alten Verfassung auch Umschreibungen in den Censusregistern nach sich zog, liegt am Tage; allein dieses war etwas rein Aeusserliches, und es ist ein vergebliches Bemühen daraus Aufklärung über den Begriff dieses Verhältnisses ableiten zu wollen [64]).

55) Fr. 8. 9. D. de cap. minut. (4. 5), fr. 58. §. 2. fr. 65. §. 11. D. pro socio (17. 2).

56) Fr. 2. §. 3. fr. 7. §. 1. D. de cap. minut. (4. 5).

57) Fr. 2. §. 2. D. de cap. minut. (4. 5).

58) Gaius III. 84. IV. 38., fr. 2. §. 1. D. de cap. minut. (4. 5).

59) Gaius III. 83. 114. Man sehe darüber Savigny System II. 81.

60) §. 1. J. de adquisit. per arrog. (3. 10).

61) Gaius III. 83., Paul. sent. rec. III. 6. §. 29., fr. 1. pr. quib. mod. usufr. (7. 4), Fragm. Vatic. §. 61.

62) C. 16. §. 2. C. de usufr. (3. 33), §. 1. J. de adquis. per arrogat. (3. 10).

63) Fr. 5. §. 2. fr. 6. D. de cap. minut. (4. 5).

64) Gegen jene von Niebuhr entlehnte Idee von Savigny erklären sich auch Puchta, Böcking.

Siebentes Kapitel.

Von der Ehe.

517. Das römische Recht erkannte zwar die Ehe an sich als eine im Wesen der menschlichen Natur begründete und daher bei allen Völkern vorkommende Verbindung an[1]; allein die rechtliche Seite derselben, die Gültigkeit für den römischen Staat, war doch grösstentheils nach positiven Grundsätzen bestimmt. Eine echte Ehe[2]) war daher nur diejenige, welche mit allen civilrechtlichen Erfordernissen versehen war, und die Fähigkeit eine vollständige Ehe im Sinne des Civilrechts einzugehen hiess connubium[3]). Dieses hatte regelmässig nur ein Römer mit einer Römerin; die Ehen der Römer mit Latinern oder Peregrinen waren daher nur natürliche Ehen, wenn nicht das connubium dazu besonders verliehen war[4]). Die Latiner und Peregrinen konnten in Absicht auf ihre Landrechte zwar gesetzliche Ehen schliessen[5]); allein das römische Civilrecht erkannte dieselben ebenfalls nur als natürliche Ehen an. Eben so verhielt es sich mit den Ehen der Freigelassenen, welche blos Latiner oder Peregrinen geworden waren[6]). Wenn aber eine Verbindung wider positive Verbote eingegangen war, konnte sie nicht einmal als natürliche Ehe wirken, sondern sie war etwas Unerlaubtes[7]).

1) Fr. 1. §. 3. D. de iustit. et iure (1. 1).

2) Diese nannte man zur Auszeichnung vor einer blos natürlichen Ehe ein iustum oder legitimum matrimonium, Ulpian. V. 2., iustae nuptiae, Gaius I. 55. Von einem iustus pater und von iusti liberi sprach man blos bei einer echten Ehe, Livius XXXVIII. 36, Gaius I. 77. III. 72., Fragm. Vatic. §. 168. 194.

3) Ulpian. V. 3.

4) Ulpian. V. 4., Gaius I. 57. Ein Beispiel giebt Livius XXXVIII. 36.

5) Man sehe §. 312. Note 46.

6) Man sehe §. 491.

7) Gaius I. 59. 64., Ulpian. V. 7.

518. Das Eherecht war auf den Grundsatz der Monogamie gebaut, und die Frau hatte im Hauswesen die ihr angemessene würdige Stellung. Die Juristen nannten daher die Ehe eine Verbindung zwischen Mann und Frau zur ausschliesslichen Gemeinschaft aller Lebensverhältnisse [8]), also auch der sacra [9]). Auf Definirung des Einzelnen liess sich das Recht nicht ein, weil wo eheliche Liebe und Eintracht besteht, juristische Bestimmungen überflüssig sind, wo hingegen jenes fehlt, die Obrigkeit doch nicht helfen kann, sondern den Ehegatten nur übrig bleibt, sich in einander zu fügen oder sich zu scheiden. Zu diesen Wirkungen, die vorherrschend moralischer Art sind und bei jeder Ehe statt finden, trat aber noch ein Kreis eigenthümlicher Rechtsverhältnisse hinzu, wenn die Frau in die manus ihres Mannes gekommen war [10]). Ohne manus blieb sie aber im juristischen Verband ihrer Familie und in der Gewalt ihres Vaters. Dieser konnte daher dem strengen Rechte nach seine Tochter dem Manne, wann er wollte, durch ein Interdict wieder abfordern [11]). Man darf daher schon dieses Umstandes wegen schliessen, dass in den alten Zeiten mit den meisten Ehen die manus verbunden wurde. Später aber wurden wider jenes Recht des Vaters, wenn dazu keine dringenden Gründe vorlagen, Einreden und Vorstellungen zugelassen [12]), und sogar umgekehrt dem Manne wider den Vater, der die Tochter unrechtmässig vorenthielt, eine Klage gestattet [13]).

8) Fr. 1. D. de ritu nupt. (23. 2), c. 4. C. de crim. expil. haered. (9. 32), §. 1. J. de patr. potest. (1. 9).

9) M. Seneca controv. III. 21. Man braucht dabei nicht nothwendig an eine auf sie übergehende juristische Verpflichtung zu denken; es war eine Theilnahme an allen allgemeinen und besonderen Festen des Hauses und seiner Penaten.

10) Man sehe §. 503.

11) Darauf beruhen folgende Stellen: Ennius ap. Auct. ad Herenn. II. 24., Afranius ap. Non. Marc. IV. 425., Plaut. Stichus I. 2. v. 73. 74. 75., Apuleius Apol. p. 559. ed. Oudend.

12) Fr. 1. §. 5. D. de liber. exhib. (43. 30), c. 5. C. de repud. (5. 17), Paul. sent. rec. V. 6. §. 15.

519. Die Eingehung der Ehe wurde nach dem aus der Natur des Verhältnisses gezogenen Grundsatz beurtheilt, dass dabei nur die Intention der beiden Theile das Wesentliche sei, und dass, wenn keine besonderen Hindernisse entgegenstehen, die Ehe geschlossen ist, sobald sich Beide gegen einander dahin ausgesprochen haben, sich von nun an als Eheleute betrachten zu wollen [14]). Es waren dabei zwar mancherlei Solennitäten üblich: eine förmliche Erklärung des Mannes [15]) vor den versammelten Freunden des Hauses [16]), ein feierlicher Copulationsact [17]), dann des Abends die solenne Einbringung in des Mannes Haus [18]), die Begehung verschiedener Gebräuche daselbst [19]), endlich die Geleitung ins Schlafgemach [20]). Alles dieses war aber zur juristischen Existenz der Ehe so unwesentlich [21]), dass wenn auch alle Form und aller Beweis fehlte, das blosse Zusammenleben mit einer Freigeborenen im Zweifel als eine Ehe galt [22]). Erst Justinian hat dieses Recht theilweise geändert, indem er bei hohen Standespersonen schriftliche Eheverträge, auch eine Zeitlang bei den mittleren Ständen wenigstens die Protocollirung bei einer Kirche oder eid-

---

13) Fr. 2. D. de liber. exhib. (43. 30), c. 11. C. de nupt. (5. 4).

14) Fr. 11. D. de sponsal. (23. 1), fr. 30. D. de reg. iur. (50. 17).

15) Nämlich die Formel: se liberorum quaerendorum causa uxorem ducere. Davon wird noch im Kap. VIII. die Rede sein.

16) Daher die Berufung auf die fides amicorum, c. 22. C. de nupt. (5. 4).

17) Iugum impositum, Servius ad Aen. IV. 16., Isidor. IX. 8., dexterae iunctae, M. Seneca controv. III. 21., Trebell. Poll. Gallien. 11.

18) Deductio, Festus v. rapi, Servius ad eclog. VIII. 29., fr. 66. §. 1. D. de donat. int. vir. (24. 1).

19) Varro de ling. lat. V. 61., Festus v. aqua, facem., Plutarch. quaest. rom. 29. 30. 31., Servius ad Aen. IV. 458., Plinius hist. nat. XXVIII. 37 (9)., Varro ap. Non. Marc. XII. 50.

20) Festus v. genialis, pronubae.

21) Fr. 66. pr. D. de donat. int. vir. (24. 1), fr. 15. D. de condit. (35. 1), c. 22. C. de nupt. (5. 4). Das scheinbar widersprechende fr. 5. D. de ritu nupt. (23. 2) erklärt sich aus den eigenthümlichen Verhältnissen des behandelten Falles.

22) Fr. 24. D. de ritu nupt. (23. 2), fr. 3. D. de concub. (25. 7).

liche Bekräftigung vorschrieb [23]). Sollte zur Ehe die manus hinzukommen, so mussten dafür die entsprechenden Formen gebraucht werden [24]).

520. Verlöbnisse vor der Ehe waren gebräuchlich, und zwar so, dass der Vater die Tochter, nicht diese sich selbst, verlobte. Dabei wurde in alten Zeiten die gewöhnliche Form der Sponsion angewendet [25]), und es entstand daraus auch eine strenge civilrechtliche Klage, die aber nur auf das volle Interesse gieng [26]). Dasselbe Recht hatte im alten Latium gegolten [27]), und es stammt beides unstreitig aus einer gemeinschaftlichen Quelle ab. In Rom wurde es jedoch schon früh aufgehoben; in Latium bestand es aber bis zur lex Iulia de civitate (664) fort [28]). Dem Verlöbniss blieben nun nur noch untergeordnete juristische Wirkungen [29]). Wer jedoch so gewissenlos war, dass er zu einem

23) Nov. 74. c. 4. 5., nov. 117. c. 4.

24) Man sehe §. 504. 506.

25) Servius ad Aen. X. 79., Isid. IX. 8., fr. 2. D. de sponsal. (23. 1).

26) Dieses ergiebt sich aus Varro de ling. lat. VI. 70. 71. Ueber die Kritik des Textes dieser Stelle sehe man Lachmann im Rhein. Museum für Philol. VI. 112., Huschke in Savigny Zeitschr. X. 327—339. Letzterer meint aber, die Klage sei auf die wirkliche Hingebung der Tochter zur Ehe gegangen. Umgekehrt läugnet Jhering Geist des röm. Rechts II. 227—229. alles Klagrecht, und behauptet, Varro habe sich geirrt. Man sehe aber gegen ihn Rein Privatrecht S. 410. Dieselbe Ansicht vertheidigt Voigt Ius naturale II. 234—238., indem er dem Varro eine andere Auslegung giebt. Beide stimmen darin überein, dass sie der Nachricht des Gellius gar kein Gewicht für das alte römische Recht beilegen.

27) Gellius IV. 4. Von dem Text und Inhalt dieser Stelle handeln: Lachmann im Rhein. Museum VI. 114., Huschke in Savigny Zeitschr. X. 315—326., Dirksen Die Wirksamkeit der Ehegelöbnisse (Abhandl. der Berliner Akademie 1848. S. 89—103).

28) Beides ergiebt sich aus Varro und Gellius.

29) Fr. 134. pr. D. de verb. obl. (45. 1), c. 2. C. de inutil. stipul. (8. 39), c. 1. 3. 5. C. de sponsal. (5. 1). Die historisch wenig erheblichen Einzelnheiten findet man bei Rein Privatrecht S. 410—413. In den Provinzen kam es hinsichtlich der Form und Wirkungen der Verlöbnisse auf das Provinzialrecht an. Wie es damit nach dem Provinzialrecht von Cordova gehalten wurde, ist in einem Fragment des Seneca bezeugt. Von demselben handelt Dirksen S. 103—110.

noch bestehenden Verlöbniss ein zweites eingieng, den traf die Infamie [30]).

521. Allgemeine Bedingungen zur gültigen Eingehung einer Ehe waren die physische Fähigkeit zum Heirathen, welche bei Mädchen mit zwölf, bei Jünglingen mit vierzehn Jahren angenommen wurde [31]); ferner lediger Stand [32]), widrigenfalls die Infamie und andere Strafen eintraten [33]), endlich die Einwilligung desjenigen, in dessen Gewalt man stand [34]), was jedoch durch die lex Julia gemildert wurde [35]). Die Töchter mussten, auch wenn sie nicht in der Gewalt waren, sich insgemein dem Willen ihrer Verwandten und Vormünder fügen [36]). Verboten war aber die Ehe unter nahen Verwandten [37]) und Verschwägerten [38]), unter Freien und Knechten [39]), früher auch unter Freigeborenen

30) Fr. 1. fr. 13. §. 1–4. D. de his qui notant. (3. 2).

31) Ulpian. V. 2., fr. 9. D. de sponsal. (23. 1), pr. J. de nupt. (1. 10). Man sehe darüber Savigny System III. §. 110.

32) Gaius I. 63.

33) Fr. 1. D. de his qui notant. (3. 2), c. 2. C. de incest. nupt. (5. 5), c. 18. C. ad l. Iul. de adult. (9. 9).

34) Ulpian. V. 2., fr. 7. §. 1. D. de sponsal. (23. 1), fr. 2. 18. 25. 35. D. de ritu nupt. (23. 2), pr. J. de nupt. (1. 10).

35) Fr. 19. D. de ritu nupt. (23. 2).

36) Livius IV. 9., c. 1. 18. 20. C. de nupt. (5. 4).

37) Gaius I. 58–62., Ulpian. V. 6., Collat. leg. Mosaic. VI. 4., c. 17. C. de nupt. (5. 4), §. 1–5. J. de nupt. (1. 10). In den alten Zeiten sprach die Sitte selbst noch gegen Ehen unter Sobrinen, Tacit. ann. XII. 6. Später aber wurden nicht nur solche, sondern auch noch unter Consobrinen die Ehe zugelassen, Plutarch. quaest. rom. 6., Cicero pro Cluent. 5., Capitol. M. Anton. 1., fr. 3. D. de ritu nupt. (23. 2), letztere jedoch, wenigstens im Occident, unter den christlichen Kaisern verboten, Aurel. Victor epit. 76., c. un. C. Th. si nupt. ex rescr. (3. 10), c. 3. C. Th. de inc. nupt. (3. 12). Anders war es im Orient, c. 19. C. de nupt. (5. 4), §. 4. J. de nupt. (1. 10).

38) Gaius I. 63., Ulpian. V. 6., fr. 14. D. de ritu nupt. (23. 2), Collat. leg. Mos. VI. 4., c. 17. C. de nupt. (5. 4), §. 6–9. J. de nupt. (1. 10). Die Ehen unter Schwägern wurden erst spät verboten, c. 2. 4. C. Th. de incest. nupt. (3. 12), c. 5. 8. 9. C. de incest. nupt. (5. 5).

39) Ulpian. V. 5. Man sehe auch §. 476. Ein contubernium war unter ihnen möglich, Paul. sent. rec. II. 19. §. 6. Bei zunehmenden

und Freigelassenen[40]), was aber nach dem Julischen Gesetze nur auf die Senatoren und deren Nachkommen beschränkt[41]) und endlich von Justinian aufgehoben wurde[42]); ferner nach derselben lex Iulia die Ehe der Senatoren nicht blos, sondern auch der Freigeborenen mit Schauspielern[43]), was Justinian ebenfalls aufhob[44]), und die Ehe der Freigeborenen mit einer Kupplerin, oder Einer die im Ehebruch ertappt oder in einem peinlichen Gericht veurtheilt worden[45]). Diese wurde dann durch Interpretation auch auf Senatoren ausgedehnt[46]), und jene Kategorie von Personen

---

Unsitten wurde aber der Umgang einer Freien mit ihrem eigenen servus von Constantin mit den strengsten peinlichen Strafen bedroht, c. un. C. de mulier. (9. 11). Dem leichten Umweg, dass die Frau ihren servus frei liess und heirathete, traten schon früher die dem libertus dann angedrohten Strafen entgegen, Paul. sent. rec. II. 19. §. 9., c. 3. C. de nupt. (5.4), fr. 13. D. de ritu nupt. (23. 2). Später wurden aber auch die Frau und Kinder bestraft, Nov. Anthem. 1. a. 468.

40) Man sehe §. 105.

41) Man sehe §. 353. Die Ehe war jedoch ursprünglich nicht an sich nichtig, sondern entbehrte nur mancher Vortheile der gewöhnlichen Ehen, Ulpian. XVI. 2. Erst ein Senatusconsult unter Marcus Aurelius setzte die Nichtigkeit fest, fr. 16. pr. D. de ritu nupt. (23. 2), fr. 16. D. de sponsal. (23. 1), fr. 3. §. 1. D. de donat. int. vir. (24.1). Dieses führte nun zu der Frage, wie es werden sollte, wenn ein Senator oder ein Kind eines Senators eine Freigelassene zum Weibe genommen hatte, und Jener die senatorische Würde verlor. Im ersten Falle wurde die Verbindung gültig, im zweiten blieb sie nichtig, fr. 27. 34. §. 3. D. de ritu nupt. (23. 2), fr. 9. D. de senator. (1. 9).

42) Zuerst machte Justinian eine Ausnahme, wenn Einer der eine Freigelassene zur Frau hatte, erst nachher Senator würde, c. 28. C. de nupt. (5.4). Dann erlaubte er (539) Jedem seine eigene Freigelassene zu heirathen, nov. 78. c. 3. Endlich hob er (541) alle Beschränkung auf, nov. 117. c. 6.

43) Ulpian. XIII. 1. 2., fr. 44. pr. D. de ritu nupt. (23. 2). Seit Marcus Aurelius wurde durch Interpretation die Nichtigkeit auch auf solche Ehen ausgedehnt, jedoch nur auf die der Senatoren, fr. 42. §. 1. D. de ritu nupt. (23. 2), c. 1. C. de natur. liber. (5. 27).

44) C. 23. 29. C. de nupt. (5.4), c. 33. C. de episc. audient. (1.4).

45) Ulpian. XIII. 2., fr. 43. §. 7. 8. 9. 11. 12. 13. D. de ritu nupt. (23. 2).

46) Fr. 43. §. 10. fr. 44. §. 8. fr. 49. D. de ritu nupt. (23. 2).

unter dem allgemeinen Begriff von infamirten Weibspersonen zusammengefasst [47]). Justinian hob aber auch diese Beschränkung auf [48]). Ferner war verboten die Ehe der Patronin mit ihrem Freigelassenen [49]), einer freien Frau mit einem fremden Colonen [50]), des Vormundes mit seiner Mündel [51]), der Provinzialbeamten mit einer Tochter aus ihrer Provinz [52]), des Ehebrechers mit der Ehebrecherin [53]), des Entführers mit der Entführten [54]), der Christen mit Juden [55]), endlich der Römer mit den Gentilen oder Barbaren [56]). Von den Eheverboten konnte aber dispensirt werden, zur Zeit der Republik durch den Senat [57]), später durch den Kaiser [58]).

522. Ueber das Recht der Ehescheidung ist man für

47) Ulpian. XVI. 2. Seit Marcus Aurelius wurde die Nichtigkeit der Ehe auch auf diese Fälle ausgedehnt, jedoch nur auf die Verbindung der Senatoren mit Personen die ein ehrloses Gewerbe trieben, c. 1. C. de natur. liber. (5. 27), nov. Martiani tit. IV. de matrim. senator., c. 7. C. de incest. nupt. (5. 5); nicht auch auf die Ehe mit einer infamirten Person anderer Art; auch nicht auf die Ehen der Freigeborenen mit Weibspersonen jener Kategorie. Ueber alle diese Verhältnisse sehe man die schöne Abhandlung von Savigny System II. Beilage VII. Nr. II—V.

48) Nov. 117. c. 6.

49) Man sehe Note 39.

50) Nov. 22. c. 17.

51) Fr. 59. 60. 62. 64. 66. 67. D. de ritu nupt. (23. 2), fr. 7. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5), c. 1—8. C. de interd. matrim. (5. 6).

52) Fr. 38. 57. pr. fr. 63. 65. D. de ritu nupt. (23. 2), fr. 3. §. 1. D. de donat. int. vir. (24. 1), c. 6. C. de nupt. (5. 4), c. un. C. si quaounque (5. 7).

53) Fr. 11. §. 11. fr. 29. §. 1. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5), c. 9. C. ad l. Iul. (9. 9), nov. 134. c. 12.

54) C. 1. 2. 3. C. Th. de raptu (9. 24), c. un. §. 1. C. de raptu (9. 13).

55) C. 6. C. Th. de Iudaeis (16. 8), c. 6. C. de iudaeis (1. 9).

56) C. un. C. Th. de nupt. gentil. (3. 14).

57) Livius XXXIX. 19., Plutarch. M. Anton. 31.

58) Fr. 31. D. de ritu nupt. (23. 2), c. 1. C. Th. si nupt. ex rescr. (3. 10), c. 23. C. de nupt. (5. 4), c. 9. C. de incest. nupt. (5. 5), c. 2. C. de nupt. ex rescr. (5. 8).

die älteste Zeit im Dunkeln[59]). Nach einer Nachricht sollten die durch Confarreation geheiligten Ehen nur durch den Tod gelöst werden[60]). Dieser Fall ist jedoch wohl nur als eine vom Religionsrecht ausgesprochene Ermahnung zu betrachten; es wäre wider den Geist des heidnischen Alterthums, wenn dem Mann die Scheidung absolut unmöglich gewesen wäre. Dazu stimmt auch eine andere Nachricht, wonach der Frau allerdings die Scheidung schlechthin untersagt, der Mann aber sein Weib wegen bestimmter Vergehen, worüber er mit den Verwandten zu richten hatte, zu verstossen berechtigt war, und auch ohne solche Gründe doch blos am Vermögen gestraft wurde[61]). Jene Verstossung geschah durch die diffarreatio, womit traurige Gebräuche und Verwünschungen verbunden waren[62]). Die Maxime des Religionsrechtes, mit dem ihr entsprechenden beschränkten Scheidungssystem galt auch noch später bei der Ehe des flamen dialis, die immer eine confarreirte war, bis dass Domitian dabei die freie Scheidung gestattete[63]). Bei den nicht confarreirten Ehen stand aber wohl die Scheidung im Willen beider Theile und war auch nicht auf bestimmte Gründe beschränkt[64]); nur wurde Leichtsinn und

---

59) Davon handelt Klenze in Savigny Zeitschr. VII. 21—42. Die übrige reiche Literatur giebt Rein Privatrecht S. 445—457.

60) Dionys. II. 25.

61) Plutarch. Romul. 22. Eine härtere Strafe traf nur *τὸν ἀποδόμενον γυναῖκα*, das heisst wohl den, der sein Weib verkuppelte.

62) Plutarch. quaest. Rom. 50., Festus v. diffarreatio, Orelli Inscr. T. I. n. 2648. So erklärt sich das Dasein dieses Gebrauchs sehr natürlich. Klenze, dem Böcking Institutionen I. §. 46. gefolgt ist, nimmt an, die Frau sei wegen jener Vergehen vom Hausgericht immer zum Tode verurtheilt, vor der Vollstreckung aber die diffarreatio vorgenommen worden. Allein dieses ist sehr gezwungen und willkührlich.

63) Gellius X. 15., Festus v. flammeo, Plutarch. quaest. Rom. 50., Servius ad Aen. IV. 29.

64) Ob darüber etwas in den zwölf Tafeln stand, beruht auf einer sehr unsichern Stelle, Cicero Philipp. II. 28. Das Verhältniss wird aber aus der Praxis der spätern Zeit klar.

Uebereilung durch die Censoren[65]), und auffallende Willkührlichkeiten durch den allgemeinen Unwillen bestraft[66]).

523. Mit dem zunehmenden Verderbniss der Sitten fielen aber diese heilsamen Schranken weg. Ganz geringfügige Gründe, selbst der blosse Wille reichte zum Verstossen der Frau[67]) oder zur Scheidung von dem Manne hin[68]). Die einzige Beschränkung bestand darin, dass den Schuldigen gewisse gesetzliche Vermögensnachtheile trafen[69]), und nur unter diesem Gesichtspunkte wurde gefragt, ob eine Scheidung blos aus der Willkühr des Einen hervorgegangen, oder durch den Anderen veranlasst[70]), oder durch Umstände, wobei keinem von Beiden eine Schuld beizumessen[71]), herbeigeführt worden sei. Auch über die Form der Scheidung, wenn auch dabei gewisse Formen üblich waren[72]), stand juristisch nichts fest[73]); erst die lex Iulia

65) Davon kommt schon um das Jahr 447 ein Beispiel vor, Valer. Max. II. 9, 2. Dass diese Scheidung älter ist als die angeblich älteste des Spurius Calvisius Ruga ist bis in die neueste Zeit unbeachtet geblieben, wiewohl es schon Pighius in seinen Annalen bemerkt hat.

66) Dieses war der Fall bei der Scheidung des Calvisius Ruga im sechsten Jahrhundert, welche dadurch fälschlich die Celebrität erlangte, überhaupt die erste Ehescheidung gewesen zu sein, Valer. Max. II. 1, 4., Dionys. II. 25., Gellius IV. 3. XVII. 21., Plutarch. quaest. rom. 14. 59. Das Auffallende dabei lag in der buchstäblichen Benutzung einer Formel, deren Sinn und Zweck ein ganz anderer war. Die Literatur über diesen vielbesprochenen Fall giebt Rein Privatrecht S. 451.

67) Plutarch. Aemil. Paul. 5. Cicero 41., Valer. Max. VI. 3, 10. 11. 12.

68) Plautus Amphitr. III. 2. v. 47., Cicero ad famil. VIII. 7., pro Cluent. 5., Seneca de benef. III. 16.

69) Davon wird unten die Rede sein.

70) Cicero Topic. 4., Fragm. Vatic. §. 121., fr. 22. §. 7. D. soluto matrim. (24. 3), fr. 4. D. de divort. (24. 2), fr. 8. D. de captiv. (49. 15).

71) Dies hiess ein divortium bona gratia, fr. 32. §. 10. fr. 60. §. 1. fr. 61. 62. pr. D. de donat. int. vir. (24. 1), fr. 6. D. de divort. (24. 2), fr. 14. §. 4. D. qui et a quib. (40. 9).

72) Plaut. Amphitr. III. 2. v. 47., Cicero Philipp. II. 28., fr. 2. § 1 D. de divort. (24. 2).

73) Cicero de orat. I. 40. 56.

über den Ehebruch schrieb eine bestimmte Form vor [74]). Später wird bei der einseitigen Aufkündigung die Zusendung eines Scheidebriefes erwähnt [75]). Ob die Ehe mit der manus verbunden war, hatte auf die Freiheit der Scheidung keinen Einfluss; denn die Frau konnte, wenn sie dem Manne das repudium zugeschickt hatte, auf Aufhebung der manus klagen [76]). Diese geschah aber schwerlich durch eine unmittelbare Emancipation, sondern durch Remancipation an einen Verwandten oder Freund der Frau und darauf folgende Manumission [77]). Der Leichtsinn bei der Scheidung konnte um so grösser sein, da man die Geschiedene immer wieder zur Frau nehmen konnte [78]). Was einigemal von der Abtretung der Ehefrau an einen Anderen durch den Ehemann selbst erzählt wird, ist schwer auf bestimmte juristische Formen zurückzuführen [79]).

524. Von Constantin an suchten jedoch die Kaiser die herrschende Licenz etwas zu beschränken. Sie bestimmten

---

74) Fr. un. §. 1. D. unde vir (38. 11), fr. 9. D. de divort. (24. 2), fr. 43. D. ad l. Iul. de adult. (48. 3), Iuvenal. satyr. VI. 146. Darauf geht auch Sueton. Octav. 34.

75) C. 6. 8. pr. C. de repud. (5. 17), nov. Theodos. tit. XII. de repudiis.

76) Gaius I. 137. Ueber den Text sehe man Huschke Gajus S. 27.

77) Gaius I. 115. 195., Festus v. remancipatam.

78) Plutarch. Cato min. 52., fr. 18. D. de ritu nupt. (23. 2).

79) Cato überliess seine Ehefrau dem Hortensius, Plutarch. Cato min. 25. 52., Applan. de bell. civ. II. 99.; Nero despondirte seine Ehefrau Livia dem Augustus, Dio Cass. XLVIII. 44. Das Einfachste ist die Annahme, dass sich der Ehemann zuvor in der gewöhnlichen Weise schied, und dann bei der neuen Ehe der Frau blos thatsächlich mitwirkte. So meint Rein Privatrecht S. 374. Zieht man die manus mit hinein, so war eine directe Abtretung der manus nicht möglich. Eine blosse Remancipation genügte aber auch nicht, weil dadurch die Frau nicht in die manus, sondern ins mancipium gerathen wäre. Er musste sich also die Frau remanciplren lassen, sie manumittiren, und als Tutor zu ihrer coemtio mitwirken. Oder er liess sie, die ihm filiae loco war, quasi patre autore direct die coemtio mit dem neuen Ehemann vornehmen. Doch wird, dass dieses möglich war, in den Quellen nicht erwähnt, freilich auch nicht verneint.

die Vergehen, welche allein für den Anderen als rechtmässige Scheidungsgründe gelten sollten, und setzten wider den, welcher sich ohne solche Gründe scheiden würde, Vermögensstrafen, wider die Frau selbst persönliche Strafen fest[80]). Daneben wurde aber auch noch wegen anderer nicht verschuldeter Umstände[81]), ja selbst durch blosse gegenseitige Uebereinkunft[82]) die Aufhebung der Ehe zugelassen. In einem besonderen Falle war übrigens das divortium rechtlich ganz unmöglich gemacht; nämlich nach dem Julischen und Papischen Gesetz durfte sich die Freigelassene, welche von ihrem Patron als Ehefrau aufgenommen worden war, so lange dieser sie behalten wollte, von ihm nicht scheiden[83]). Dieser Grundsatz blieb bis in die späten Zeiten[84]).

525. Die Vergehen der Frau wider die eheliche Treue und weibliche Sitte ahndete im alten Recht der Mann kraft der manus; die leichteren er allein, die schwereren, wegen deren er zugleich die Frau verstossen durfte, mit Zuziehung ihrer Verwandten[85]), und zwar bis zu den Sobrinen,

---

80) Gesetze des Constantin, c. 1. C. Th. de repud. (3. 16), Honorius und Constantius, c. 2. C. Th. de repud. (3. 16), Theodosius II., nov. Theodos. tit. XII. de repudiis, c. 8. C. de repud. (5. 17), Valentinian III., nov. Valentin. tit. XXXIV. de episc. iudicio c. 1. §. 11., Justinian, c. 10. 11. §. 1. 2. C. de repud. (5. 17), nov. 22. c. 4. 15, nov. 117. c. 8. 9. 13., nov. 127. c. 4., nov. 134. c. 10. 11.

81) Divortium bona gratia, c. 7. 10. C. de repud. (5. 7), nov. 22. c. 4—14., nov. 117. c. 11. 12., nov. 123. c. 40.

82) Divortium communi consensu. c. 9. C. de repud. (5. 17), nov. 22. c. 4. 18. Justinian verbot dieses später, nov. 117. c. 10., nov. 134. c. 11. Sein Nachfolger musste aber die alte Freiheit herstellen, nov. 140.

83) Fr. un. §. 1. D. unde vir (38. 11), fr. 45. 46. 48. 50. D. de ritu nupt. (23. 2), fr. 10. 11. D. de divort. (24. 2).

84) C. 1. C. de incest. nupt. (5. 5), nov. 22. c. 37.

85) Dieses bezeugt Dionys. II. 25., Tacit. ann. XIII. 32. Die Verbindung mit der Verstossung (Note 61) liegt in der Natur der Sache. Nach einer viel besprochenen Stelle des Cato bei Gellius X. 23. könnte man glauben, auch der öffentliche Richter sei mit Strafen eingeschritten. Allein dieses bezieht sich nur auf die Vermögensstrafen

eben so weit als das Recht des Freundschaftskusses galt[86]). Wenn er die Frau im Ehebruch ertappte, durfte er sie sogar ohne alle Rechtsform tödten[87]). Hatte der Mann die manus nicht, so überliess er nach der Verstossung die Züchtigung dem Vater oder den Cognaten allein[88]). Auch wo Weiber ihre Männer getödtet hatten, konnten die Verwandten den Strafgerichten des Staats zuvorkommen[89]). Noch unter den ersten Kaisern waren diese alten Familiengerichte in Uebung[90]), sind aber allmählig abgekommen.

526. Die Vermögensverhältnisse bei der Ehe waren folgende. Nach einem uralten Gebrauch brachte die Frau dem Manne regelmässig eine Mitgift zu. Dieses war für die Väter ein Ehrenpunkt[91]), und lag selbst im Interesse des Staates[92]), weshalb auch in der alten Zeit nöthigenfalls die Clienten beisteuern mussten. Später, wahrscheinlich durch die lex Iulia und Papia Poppäa, ist daraus sogar für den Hausvater[93]), dann unter Umständen auch für die

an der des (Note 146). Ich stimme darin Rein Privatrecht S. 418. gegen meine frühere Ansicht bei.

86) Dieses ergiebt sich aus Polybius (Kap. VI. Note 20).

87) Gellius X. 23. Hingegen dass Egnatius Mecenius sein Weib, weil sie Wein getrunken hatte, erschlug, war augenscheinlich etwas Unregelmässiges, Valer. Max. VI. 3, 9., Plinius hist. nat. XIV. 14 (13)., Servius ad Aen. I. 737.

88) Des Unterschiedes, ob die Frau in der manus war oder nicht, gedenkt Livius XXXIX. 18. So erklären sich die Fälle, wo von den Cognaten allein die Rede ist, Plinius hist. nat. XIV. 14 (13)., Tacit. ann. II. 50., Sueton. Tiber. 35. Bei der Ehe ohne manus stand die Ehefrau entweder als filiafamilias unter der gewaltigen potestas ihres Vaters, oder in der ursprünglich sehr kräftigen Tutel ihrer Agnaten, und die persönlichen Rechte des Ehemannes traten dagegen sehr zurück. Jene Unterscheidung ist daher sehr gut begründet, und es ist etwas willkührlich, wenn Rein Privatrecht S. 416. dieselbe ohne Weiteres verwirft.

89) Valer. Max. VI. 3, 8., Livius epit. XLVIII.

90) Tacit. ann. II. 50. XIII. 32., Sueton. Tiber. 35.

91) Cicero pro Quint. 31.

92) Fr. 2. D. de iure dot. (23. 3), fr. 1. D. soluto matrim. (24. 3), fr. 18. D. de reb. auct. iud. (42. 5).

93) Fr. 19. D. de ritu nupt. (23. 2).

Mutter[94]) eine Zwangspflicht gemacht worden. Unter den Reichen und Vornehmen gab es selbst ein Herkommen darüber, wie viel jedes Mädchen mitbekam[95]). Uebrigens konnte aber auch jeder Andere, auch die Frau selbst[96]), diese selbst ihr ganzes Vermögen[97]) als Mitgift bestellen. Die Bestellung selbst geschah auf dreifache Weise[98]): durch Zusage[99]), welche jedoch nur bei bestimmten Personen eine juristische Verbindlichkeit erzeugte[100]), durch die gewöhnliche Form der Stipulation[101]), endlich dadurch, dass man die dem Manne als Dos zugedachte Bereicherung durch wirkliche Zahlung, Uebertragung, Cession oder sonstige dem Gegenstand entsprechende Weise auf ihn übertrug[102]). Im späteren Recht wurde übrigens jede Art von Versprechen einer Dos für bindend erklärt[103]). Die Auszahlung der versprochenen Dos geschah aber so weit sie in Hausrath bestand nach der alten Sitte innerhalb zehn Monaten, was an das romulische Jahr erinnert, das Geld aber in drei Zielern von ein, zwei und drei Jahren[104]).

527. Bei der Ehe mit manus fiel nun die Aussteuer, welche die Frau aus dem väterlichen Hause mitbrachte, dem Manne zu[105]); doch konnte sich der Vater auf den Fall, dass sie vor dem Manne ohne Kinder versterben, oder

94) C. 14. C. de iure dot. (5. 12).

95) Die Zeugnisse giebt Lipsius zu Tacit. ann. II. 86.

96) Daher der Unterschied von dos profectitia und adventitia, Ulpian. VI. 3.

97) Fragm. Vatic. §. 115., fr. 72. pr. D. de iure dot. (23. 3), c. 4. C. de iure dot. (5. 12).

98) Ulpian. VI. 1. XI. 20., c. 3. C. Th. de dot. (3. 13).

99) Dotis dictio, Afranius et Varro ap. Non. Marc. IV. 122., Cicero pro Flacco 35.

100) Ulpian. VI. 2. XI. 20., Gaius epitom. II. 9. §. 3., Fragm. Vatic. §. 99. 100.

101) Dotis promissio, Gaius epit. II. 9. §. 3.

102) Gaius II. 63., fr. 6. §. 1. fr. 7. §. 3. D. de iure dot. (23. 3).

103) C. 4. C. Th. de dotib. (3. 13), c. 6. C. de dot. promiss. (5. 11).

104) Polyb. XXXII. 13.

105) Servius ad Georg. I. 31.

dass die Ehe durch Scheidung aufgehoben würde, die Rückzahlung stipuliren[106]). War die Frau bei der Verheirathung bereits sui iuris, so brachte sie ihr ganzes Vermögen wie eine Dos dem Manne zu[107]), so weit sie nicht darüber besondere Vorbehalte gemacht hatte[108]). Aus den von ihr mitgebrachten Schulden, die der Strenge nach durch die eingetretene capitis deminutio zerstört waren, wurde aber den Creditoren eine prätorische Klage bis auf den Bestand des eingebrachten Vermögens gegeben[109]). Dasjenige, was die Frau in der Ehe erwarb, fiel kraft der manus ebenfalls an den Mann[110]) und sie konnte wie eine Haustochter juristisch nichts Eigenes haben[111]). Doch wurden ihre obligatorischen Verhältnisse anders behandelt wie bei Hauskindern. Denn aus ihren während der Ehe geschlossenen Contracten konnte nöthigenfalls gegen ihr eingebrachtes Vermögen geklagt werden[112]), und aus ihren Delicten fand keine Noxalklage gegen den Mann statt[113]). Starb die Frau vor dem Manne, so konnte von einer Beerbung derselben nicht die Rede sein. Starb aber der Mann vor ihr, so erhielt sie ein Kindestheil und die sonstigen Erbschaftrechte

106) Dass dieses auch bei der manus möglich war, liegt in der Natur der Sache. Dass es wirklich vorkam, ergiebt sich daraus, dass über die Restitution der Dos Rechtsregeln galten, die das höchste Alterthum verrathen. Dawider ist auch nicht Gellius IV. 3. Denn dieser sagt blos, dass bis ins sechste Jahrhundert über die Rückzahlung der Dos keine Processe vorgefallen und keine besonderen Cautionen nöthig gewesen seien. Die Literatur über diese Controverse giebt Rein Privatrecht S. 428.

107) Cicero Topic. 4., pro Flacco 35., Boeth. ad Topic. 4., Fragm. Vatic. §. 115., Gaius II. 98. III. 82.

108) Diese Befugniss ergiebt sich aus Cicero pro Flacco 35., Gellius XVII. 6., Non. Marc. I. 267.

109) Gaius III. 83. 84. IV. 38.

110) Gaius II. 86. 90. III. 163., Ulpian. XIX. 18. 19.

111) Gaius II. 96.

112) Gaius IV. 80. Man vergleiche dazu Kap. V. Note 55.

113) Dieses ergiebt sich deutlich aus Gaius IV. 80. Wie es aber mit den Delictsobligationen gehalten wurde, ist nicht mehr leserlich.

wie eine Tochter[114]). Selbst als Wittwe blieb sie mit den Kindern in demselben Verhältniss sitzen, und sie beerbten sich unter einander wie Geschwister[115]). Mit dem Vermögen giengen übrigens bei der manus auch die darauf ruhenden Privatsacra auf den Mann über[116]), und man benutzte dieses nach einer spitzfindigen Erfindung der Juristen, um durch eine scheinbare coemtio mit einem alten Manne sich von solchen sacra ganz los zu machen[117]).

528. Bei der Ehe ohne manus gieng die Dos als zu den Lasten der Ehe bestimmt für die Dauer derselben in das Vermögen des Mannes über[118]) und er konnte damit frei schalten und walten. Eine Beschränkung machte erst die lex Iulia über den Ehebruch, nämlich dass Dotalgrundstücke auf italischem Boden von ihm gegen den Willen der Frau nicht veräussert, und selbst mit ihrem Willen nicht verpfändet werden durften[119]). Justinian dehnte Letzteres auch auf Veräusserungen, und beides auf die Provinzialgrundstücke aus[120]). Von einem anderen Gesichtspunkte aus, nämlich aus Rücksicht auf die der Frau zugesicherte Restitution, konnte man freilich auch sagen, dass die Dos dem Manne nur geliehen, und dass eigentlich die Frau deren Eigenthümer sei[121]). An dem übrigen nicht

114) Dionys. II. 25., Servius ad Aen. VII. 424., Gaius II. 139. 159. III. 3., Collat. leg. Mos. XVI. 2. 6., Ulpian. XXII. 14. XXIII. 3. XXIX. 1.

115) Gaius III. 14., Collat. leg. Mos. XVI. 2. 6.

116) Man sehe §. 148. Note 33.

117) Cicero pro Murena 12. Man sehe darüber Savigny Zeitschr. II. 387.

118) Fr. 7. §. 3. fr. 9. §. 1. D. de iure dot. (23. 3), fr. 13. §. 2. D. de fundo dot. (23. 5), fr. 58. D. soluto matrim. (24. 3).

119) Gaius II. 62. 63., Paul. sent. rec. II. 21 B. §. 2., fr. 1. pr. fr. 4. 16. D. de fundo dot. (23. 5). Davon handelt gut Bachofen Ausgewählte Lehren S. 89—118.

120) C. un. §. 15. C. de rei uxor. act. (5. 13), pr. J. quib. alienare (2. 8).

121) Fr. 4. §. 4. D. de minor. (4. 4), fr. 75. D. de iure dot. (23. 3), c. 30. C. de iure dot. (5. 12).

als Mitgift bestellten Vermögen der Frau, was die Griechen die Paraphernen, die Gallier das Peculium nannten, erlangte aber der Mann regelmässig gar keine Rechte; doch geschah es häufig, dass die Frau ihre Sachen zur gemeinschaftlichen Benutzung ins Haus brachte oder dem Manne die Verwaltung ihres Vermögens freiwillig übertrug und sich ihre Rückforderung durch ein genaues von dem Manne unterschriebenes Verzeichniss sicherte [122]).

529. Zu den Vermögensverhältnissen unter Ehegatten gehörten noch folgende Punkte. Der Dos zur Seite entstand im späteren Rechte der Gebrauch, dass auch der Mann oder ein Dritter Etwas verschrieb, das mit der Dos zusammen besonders zu den Zwecken der Ehe dienen und nach deren Auflösung der Frau und den Kindern zu Statten kommen sollte. Dieses wurde eine donatio ante nuptias, seit Justinian aber propter nuptias genannt [123]). Ferner ist hier der alte Grundsatz zu erwähnen, dass während der Ehe unter den Ehegatten Schenkungen ungültig [124]), oder nach der durch ein Senatusconsult vom Jahr 206 gemachten Milderung wenigstens bis zum Tode des Schenkers widerruflich [125]), und dass unter ihnen wegen diebischer Entwendung nicht die infamirende Diebesklage, sondern nur einfache Condictionen auf Rückgabe zulässig waren [126]).

530. Beim Tode der Ehefrau kam es hinsichtlich der

---

122) Fr. 9. §. 3. D. de iure dot. (23. 3), fr. 95. pr. D. ad l. Falcid. (35. 2), fr. 18. §. 1. D. ut legator. (36. 3), c. 8. 11. C. de pact. conv. (5. 14), c. 17. C. de donat. int. vir. (5. 16).

123) §. 3. J. de donat. (2. 7), c. 19. 20. C. de nupt. (5. 3), c. 29. C. de iure dot. (5. 12), c. 9. 10. C. de pact. conv. (5. 14), nov. 22. c. 20. 32. 33., nov. 61. c. 1., nov. 97. c. 1. 2., nov. 98. c. 1., nov. 127. c. 3.

124) Plutarch. coniug. praecept. (ed. Reisk. T. VI. p. 540), Quaest. rom. 7., fr. 1. 3. pr. D. de donat. int. vir. (24. 1), Ulpian. VII. 1., Paul. sent. rec. II. 23.

125) Fr. 32. pr. §. 1—4. 14. D. de donat. int. vir. (24. 1). Ausführlich behandelt diese Lehre Savigny System IV. §. 162. 163. 164.

126) Fr. 1. 2. 3. §. 2. fr. 25. 26. D. de act. rer. amot. (25. 5), c. 2. C. rer. amot. (5. 21).

Dos zunächst auf den Inhalt des Heirathvertrags an[127]). In Ermanglung eines solchen kehrte die vom Vater bestellte Dos an diesen, wenn er noch lebte, zurück, jedoch mit Abzug eines Fünftheils für jedes Kind[128]). Hingegen die von der Frau oder einem Dritten gegebene Dos verblieb, wenn dieser sich nicht den Rückfall stipulirt hatte, nach dem alten Recht dem Manne[129]); nach dem Justinianischen sollten aber die Erben der Frau sie zurückfordern können[130]). Löste sich die Ehe bei Lebzeiten der Frau auf, so stand ihr die Rückforderung zu[131]). Die Klagen, wodurch man die Restitution betrieb, waren, wenn diese stipulirt war, die Stipulationsklage[132]), später auch, wenn sie blos paciscirt war, eine Klage aus dem pactum[133]), in den übrigen Fällen die gewöhnliche Dotalklage[134]). Justinian hat aber diese Klagen zu einem einzigen System verschmolzen[135]), und der Frau zur Verfolgung ihrer Rechte auch noch eine Art von Eigenthumsklage und eine hypothekarische Klage ertheilt[136]). Die Rückzahlung des zur Mitgift empfangenen Geldes oder Getreides geschah wie die Einzahlung nach altem Gebrauch in drei einjährigen Termi-

127) Fr. 12. pr. fr. 24. D. de pact. dotal. (23. 4), fr. 48. D. solut. matrim. (24. 3).

128) Ulpian. VI. 4., Fragm. Vatic. §. 108.

129) Valer. Max. VII. 7,4., Ulpian. VI. 5., fr. 22. pr. fr. 29. §. 1. D. solut. matrim. (24. 3), Fragm. Vatic. §. 100.

130) C. un. §. 4. 6. 13. C. de rei uxor. act. (5. 13).

131) Polyb. XVIII. 18. XXXII. 8., Gellius IV. 3., Ulpian. VI. 6. 7., fr. 2. D. solut. matrim. (24. 3), c. un. §. 13. 14. C. de rei uxor. act. (5. 13).

132) Fr. 29. §. 1. D. de pact. dot. (23. 4). fr. 45. D. soluto matrim. (24. 3).

133) Actio praescriptis verbis, c. 1. C. de pact. conv. (5. 14), c. 6. C. de iure dot. (5. 12), c. un. §. 13. C. de rei uxor. act. (5. 13).

134) Actio rei uxoriae, Cicero Topic. 17., de offic. III. 15.. Ulpian. VI. 6., Collat. leg. Mos. X. 2.

135) C. un. C. de rei uxor. act. (5. 13), §. 29. J. de act. (4. 6).

136) C. 30. C. de iure dot. (5. 12), c. un. §. 1. 15. C. de rei uxor. act. (5. 13).

nen [137]), was erst Justinian änderte [138]). Der Mann konnte übrigens dabei mancherlei Abzüge machen [139]), bis dass Justinian auch dieses aufhob [140]).

531. Bei einer von der einen Seite verschuldeten Scheidung kamen noch besondere Grundsätze zur Anwendung. Hatte die Frau ohne Veranlassung die Ehe aufgekündigt, so wurde von der Dos für jedes Kind ein Sechstheil; jedoch nie mehr als drei Sechstheile zurückbehalten [141]). Hatte sie durch ein schweres Vergehen die Scheidung herbeigeführt, so konnte sie im alten Recht bis zum Verluste der ganzen Dos bestraft werden [142]). Später wurde ihr wegen Ehebruch ein Sechstheil, wegen anderer Vergehen ein Achttheil abgezogen [143]). Der Mann wurde so gestraft, dass er die Dotalsachen, die er erst in drei Terminen zu restituiren hätte, im Falle eines Ehebruches gleich, bei minderen Vergehen nach einem Termin von sechs Monaten restituiren, bei Dotalsachen anderer Art nach gleichem Massstabe von den gezogenen Früchten herausgeben musste [144]). Nach dem alten Zinsfuss von jährlich einem Zwölftheil des Kapitals berechnet, stand seine Strafe jener der Frau ganz gleich [145]). Auf diese Vermögensverhältnisse bezog sich ein eigenthümliches iudicium de moribus, wobei der iudex mit einer freien dem Censor ähnlichen Gewalt zu entscheiden hatte [146]). Von einer Bestrafung des Mannes

137) Ulpian. VI. 8. 13.

138) C. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13).

139) Ulpian. VI. 9—17., c. 2. C. Th. de dotib. (3. 13).

140) C. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13).

141) Cicero Topic. 4., Ulpian. VI. 10., Paulus ap. Boeth. ad Topic. 4., Fragm. Vatic. §. 105. 106. 107. 120. 121.

142) Valer. Max. VIII. 2, 3., Plinius hist. nat. XIV. 14 (13).

143) Ulpian. VI. 12.

144) Ulpian. VI. 13.

145) Dieses Verhältniss hat Niebuhrs Scharfsinn im Ulpian VI. 13. entdeckt; Schröder hat aber dessen Auslegung in einem Punkte verbessert (Hugo Civil. Magazin Bd. V. Nr. VII).

146) Darauf bezieht sich die Stelle des Cato bei Gellius X. 23. Anwendungen sind bei Plinius hist. nat. XIV. 14 (13), Val. Max. VIII. 2, 3., Plutarch. Marius 38.

wegen willkührlicher Scheidung ist aber nicht die Rede. Auch konnten höhere Strafen, wie jene gesetzlichen, nicht stipulirt werden, um nicht indirect einen Ehezwang herbeizuführen [147]). Nach dem späteren Recht wurde sowohl derjenige, welcher durch ein Vergehen die Scheidung veranlasst, wie derjenige, welcher sich ohne einen gesetzlich gebilligten Grund geschieden hatte, an der Dos, der donatio propter nuptias oder sonst am Vermögen gestraft [148]). In Beziehung auf diese Strafen dauerte auch noch das judicium de moribus fort [149]), bis dass es von Justinian aufgehoben wurde [150]). Neben denselben konnten auch noch beziehungsweise die Retentionen des alten Rechts zur Anwendung kommen [151]), wurden aber ebenfalls von Justinian aufgehoben [152]).

532. Nach dem Tode des Mannes war nach einem uralten Gebrauch der Wittwe vor dem Ablauf der zehnmonatlichen Trauerzeit die Eingehung einer neuen Ehe untersagt [153]). Die Uebertretung dieser Vorschrift zog für den Vater der Frau, den Ehemann und nach Umständen auch für dessen Vater die Infamie nach sich [154]), später, nachdem das Institut der Infamie auch auf Weiber ausgedehnt worden, auch für die Frau selbst [155]). Jene Strafe gründete sich aber nicht auf die Verletzung der Trauerpflicht, sondern lediglich auf die Besorgniss der Vermi-

147) Fr. 19. 134. pr. D. de verb. obl. (45. 1), c. 2. C. de inutil. stipul. (8. 39).

148) Man sehe eben Note 80.

149) Fr. 5. pr. D. de pact. dot. (23. 4), fr. 15. §. 1. fr. 39. 47. D. soluto matrim. (24. 3), c. 1. C. Th. de dotib. (3. 13).

150) C. 11. §. 2. C. de repud. (5. 17).

151) C. 2. C. Th. de dotib. (3. 13), c. 2. §. 2. C. de repud. (3. 16), nov. Theodos. tit. XIV. de paternis bonis c. 1. §. 4.

152) C. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13).

153) Plutarch. Numa 12. Ueber die Trauerpflicht sehe man §. 161.

154) Fr. 1. D. de his qui not. (3. 2), Fragm. Vatic. §. 320.

155) Fragm. Vatic. §. 320., fr. 11. §. 3. D. de his qui not. (3. 2), c. 15. C. ex quib. caus. infam. (2. 12).

sehung des Blutes[156]); daher trat sie auch ein, wo der Verstorbene die Ehre der Trauer verwirkt hatte[157]); und umgekehrt fiel sie weg, wenn durch die Geburt eines Kindes jene Besorgniss gehoben war[158]). Jene zehn Monate wurden unter den Kaisern auf zwölf Monate erweitert[159]) und neben der Infamie für die Frau noch mancherlei andere Strafen der Uebertretung festgesetzt[160]). Die Wittwen aber, welche gar nicht wieder heiratheten, wurden in der öffentlichen Meinung hoch geehrt[161]) und waren auch im gottesdienstlichen Recht besonders ausgezeichnet[162]). Die lex Iulia und Papia Poppäa wirkte freilich im grade entgegengesetzten Geiste; allein seit Constantin hörte diese Wirkung auf[163]), und es wurden nun an die Wiederverheirathung eines Ehegatten mancherlei Vermögensnachtheile im Interesse der Kinder erster Ehe geknüpft[164]).

---

156) Die richtige Ansicht verdankt man Savigny System II. Beilage VII. Nr. VI—X.

157) Fr. 11. §. 1. 3. D. de his qui not. (3. 2).

158) Fr. 11. §. 2. D. de his qui not. (3. 2). So erklärt sich der Fall bei Cicero pro Cluent. 12.

159) C. 2. C. de secund. nupt. (5. 9).

160) C. 1. 2. C. de secund. nupt. (5. 9), c. 4. C. ad SC. Tertyll. (6. 56), nov. 22. c. 22. Räthselhaft ist es, dass in dem Edikt, wie fr. 1. D. de his qui not. (3. 2) es angiebt, die Infamie der Frau nicht wie in den Fragm. Vatic. §. 320. erwähnt wird. Savigny System II. S. 537. 538. will dieses daher erklären, dass in Folge der Justinianischen Gesetzgebung die Infamie ihre Anwendbarkeit auf Frauen wieder verloren habe. Allein dieses wird durch die von ihm übersehene nov. 22. c. 22. entschieden widerlegt, wo Justinian ausdrücklich die Infamie als Strafe der Frau feststellt.

161) Plutarch. quaest. Rom. 105., Tiber. Gracch. 1., Trebell. Pollio trig. tyrann. 32.

162) Festus v. pronubae, pudicitiae, Livius X. 23., Dionys. VIII. 56., Servius ad Aen. IV. 19., Tertull. de castit. exhort. 13.

163) Das Nähere im Erbrecht.

164) C. 3—9. C. de sec. nupt. (5. 9), c. un. C. si sec. nupt. (5. 10), c. 18. C. de donat. ante nupt. (5. 3), c. 2. C. Th. de sec. nupt. (3. 8), nov. Maioriani tit. VI. de sanctimonialibus c. 1. §. 8., nov. Iust. 2. pr. c. 1—4., nov. 22. c. 20—23. 25. 26. 27. 32. 45. 46., nov. 68., nov. 98. c. 1., nov. 127. c. 3.

533. Neben der Ehe entstand eine andere gesetzlich autorisirte Geschlechtsverbindung in dem Concubinate. In der alten Zeit war nämlich zwar Verführung und unzüchtiger Lebenswandel sowohl bei Männern als bei Frauen verpönt [165]; hingegen sah man darüber weg, wenn ein unverheiratheter Mann eine Person, an deren Ruf nichts gelegen war, oder seine Freigelassene [166]) oder seine Sclavin [167]) als stehende Concubine hielt. Man nahm also auf die Schwächen der menschlichen Natur und insbesondere auf die Möglichkeit dauernder Affectionen zu Personen Rücksicht, womit nach dem Gesetz eine Ehe nicht gestattet war. In diesem Geiste handelte nun auch die Gesetzgebung Octavians. In der lex Iulia über den Ehebruch wurde das stuprum, wenigstens das mit ehrbaren Frauenzimmern, gleichviel übrigens ob Freigeborenen oder Freigelassenen, mit starken Strafen bedroht [168]). Der Concubinat aber wurde durch die lex Iulia und Papia Poppäa für erlaubt erklärt: also war dabei von den Strafen des stuprum nicht die Rede [169]). Um jedoch genau unterscheiden zu können, ob ein Concubinat und nicht ein Verhältniss eines strafbaren stuprum statt finde, musste in dem Fall, wo ein Mann ein ehrbares Frauenzimmer freier Abkunft zur Concubine nahm, weil bei solchen eine Verbindung der Art doch etwas Ungewöhnliches war, darüber eine förmliche Declaration geschehen [170]). Bei Frauenspersonen von gemeiner Aufführung lag daran weniger, weil auch im schlimmsten Falle von Strafen nicht die Rede war [171]). Neben der Ehefrau durfte man aber natürlich keine Concubine halten [172]). Von der

165) Das Nähere kommt im Strafrecht vor.
166) Plautus Epidic. III. 4. v. 29. 30.
167) Plautus Poenul. prol. v. 102.
168) Davon im Strafrecht.
169) Fr. 3. §. 1. D. de concub. (25. 7).
170) Fr. 3. pr. D. de concub. (25. 7), fr. 24. D. de ritu nupt. (23. 2).
171) Dieses ist der Sinn des fr. 1. §. 1. D. de concub. (25. 7).
172) Paul. sent. rec. II. 20., fr. 144. D. de verb. sign. (50. 16), c. un. C. de concub. (5. 26), c. 3. C. de manum. (7. 15).

Ehe unterschied sich der Concubinat durch die Unvollständigkeit der Lebensgemeinschaft und der rechtlichen Wirkungen[173]; auch verloren ehrbare Frauenzimmer dadurch ihren guten Namen[174]. Eigenthümliche Grundsätze bestanden über den Concubinat des Patrons mit seiner Freigelassenen. Dieser galt für ihn als anständiger wie selbst die Ehe mit ihr[175], er verunehrte die Frau nicht[176], sie begieng durch Untreue ein adulterium[177], und nach Ulpians Meinung sollte sie, wie als Ehefrau[178] so auch als Concubine des Patrons sich von ihm gegen dessen Willen nicht trennen[179]. Auch mit seiner eigenen Sclavin konnte man im Concubinate stehen[180]; Justinian hat sogar mehrere Bestimmungen darüber erlassen, wie die Kinder aus einer solchen Verbindung frei und legitimirt werden sollten[181]. In diesen Formen erhielt sich der Concubinat bis in die späten Zeiten. Die Verordnung Aurelians, der ihn mit freigeborenen Frauen untersagte[182], hatte keinen Erfolg. Erst im neunten Jahrhundert wurde er abgeschafft[183].

---

173) Paul. sent. rec. II. 20., fr. 3. §. 1. D. de donat. int. vir. (24. 1), fr. 49. §. 4. D. de legat. III. (32), fr. 31. pr. D. de donat. (39. 5), c. 3. C. de natur. liber. (5. 27).

174) Fr. 41. §. 1. D. de ritu nupt. (23. 2), fr. 13. pr. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5), fr. 144. D. de verb. sign. (50. 16).

175) Fr. 1. pr. D. de concub. (25. 7).

176) Fr. 41. §. 1. D. de ritu nupt. (23. 2), fr. 13. pr. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5).

177) Fr. 13. pr. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5).

178) Man sehe oben Note 93.

179) Fr. 1. pr. D. de concub. (25. 7).

180) Fr. 6. 8. D. de pignor. (20. 1), fr. 38. pr. D. de reb. auth. iud. (42. 5), Paul. sent. rec. II. 19. §. 6.

181) C. 3. C. comm. de manum. (7. 15), nov. 78. c. 4.

182) Vopisc. Aurelian. 49.

183) Nov. Leon. 91.

Achtes Kapitel.

Von den Verhältnissen zwischen Eltern und Kindern.

534. Das vollständige Verhältniss zwischen Eltern und Kindern setzt eine Ehe voraus. Aus dem Wesen derselben als einer ausschliesslichen Geschlechtsgemeinschaft folgt zunächst die Gewissheit oder doch die nothwendige Präsumtion, dass alle in der Ehe erzeugten Kinder den Ehemann zum Vater haben [1]). Dieser Grundsatz gilt bei jeder Ehe, auch der blos natürlichen [2]). Ausserhalb der Ehe kann zwar die Abstammung eines Kindes von der Mutter gewiss gemacht werden, nicht aber die vom Vater. Uneheliche Kinder haben also juristisch keinen Vater, daher auch nicht diejenigen, welche aus einer zwar als Ehe intendirten, aber vom Civilrecht positiv verbotenen Verbindung abstammen [3]). Umgekehrt folgt auch daraus, dass ein Mann juristisch sich nur mit einer Ehefrau Kinder erzeugen kann; auf dieses Kennzeichen war daher die Formel in allen Fällen gestellt, wo man eine Frau als seine Ehefrau zu declariren hatte [4]).

535. Die zweite Wirkung der Ehe für die Kinder war die, dass sie dem bürgerlichen Stande des Vaters folgten. Dieses setzte jedoch nicht eine blos natürliche Ehe, sondern eine Ehe mit connubium voraus [5]). Als daher zwischen den Patriciern und Plebejern das connubium einge-

1) Fr. 5. D. de in ius voc. (2. 4), fr. 6. D. de his qui sui (1. 6).

2) Eine Anwendung davon zeigt Ulpian. VII. 4., Gaius I. 68.

3) Gaius I. 64., Ulpian. V. 7., fr. 23. D. de statu homin. (1. 5), §. 12. J. de nupt. (1. 10).

4) Se liberorum quaerendorum causa uxorem ducere, Gellius IV. 3. XVII. 21., Festus v. quaeso, Ulpian. III. 3., Gaius I. 29., c. 3. C. de nupt. (5. 9).

5) Man sehe §. 460.

führt wurde, trat auch jene Consequenz ein[6]). Daraus folgt jedoch nicht, dass vorher bei den gemischten Ehen die Kinder immer den Stand der Mutter erhalten hätten; wenn diese eine Patricierin war, geschah es zuverlässig nicht, weil ein Kind nur durch den Vater in eine gens kommen konnte. Also wurden die Kinder in dem Falle Plebejer. Aus den gemischten Ehen vor der lex Canuleja, wo der Vater Patricier war, erklärt sich das Dasein plebejischer Familien mit patricischen Gentilnamen. Von den gemischten Ehen der römischen Bürger mit Latinern und Peregrinen und deren Wirkungen für den Stand der Kinder ist schon oben gehandelt worden[7]). Endlich bei den Ehen zwischen Latinern und Peregrinen folgten, weil sie blos natürliche waren, die Kinder immer dem Stande der Mutter[8]).

536. Die dritte Wirkung der Ehe für die Kinder war, dass die Kinder in die väterliche Gewalt kamen. Dieses setzte jedoch zweierlei voraus. Erstlich musste zwischen den Eltern keine blos natürliche, sondern eine Ehe mit connubium, und zwar im Augenblick der Zeugung selbst, bestanden haben[9]). Wenn also auch die Eltern nach der Zeugung die Civität erhielten und dadurch ihre Ehe zu einer civilrechtlichen wurde, so entstand dennoch ohne besondere Concession die väterliche Gewalt nicht[10]). Dieser Grundsatz litt jedoch eine Ausnahme, wenn wirkliche Latiner die Civität erhielten[11]), was unstreitig damit zusammenhängt, dass deren Familienrechte den römischen von

6) Livius IV. 4. Man vergleiche §. 60. 110.

7) Man sehe §. 460. 491. 517.

8) Gaius I. 81.

9) Gaius I. 55. 56. 87. 88., Ulpian. V. 1. Man sehe §. 502. Nur das connubium, nicht aber auch die manus, war nothwendig. Zwar schreibt Jhering Geist des röm. Rechts I. 211.: „Wer eine Ehe abgeschlossen hatte ohne die Form der confarreatio oder coemtio, bekam weder an der Frau, noch den Kindern, die römische potestas." Dieses ist jedoch hinsichtlich der Kinder ein Versehen, welches nur aus einer augenblicklichen Zerstreuung herrühren kann.

10) Plinius epist. X. 6., Paneg. 37. 38., Gaius I. 93. 94. III. 20.

11) Gaius I. 95.

Haus aus sehr ähnlich waren [12]); ferner in den beiden Fällen, wo durch künstliche Probationen für ein Ehepaar die Civität [13]) und dadurch das connubium nachgeholt wurde [14]). Zweitens mussten auch der Vater und das Kind römischer Bürger sein [15]), weil die väterliche Gewalt ein den Römern eigenthümliches Recht war. Wenn daher eine Römerin zur Ehe mit einem Latiner durch Concession connubium erhalten hatte, so war zwar die Ehe eine echte, allein väterliche Gewalt entstand dadurch nicht. Unter jenen Voraussetzungen erwarb man aber die väterliche Gewalt nicht blos über seine Kinder, sondern auch über die, welche von diesen durch Zeugung abstammten, weil man diese mittelbar als aus sich selbst erzeugt betrachten konnte [16]).

537. Das Verhältniss zwischen Eltern und Kindern begriff schon nach dem natürlichen Recht die Pflichten der Pietät [17]), die Erziehungsgewalt [18]), und die gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit [19]). Aus der eigenthümlichen väterlichen Gewalt floss aber zunächst nach uraltem Recht die volle Herrschaft über das Kind bis auf Leben und Tod [20]). Kraft derselben konnte der Vater nicht blos häusliche, sondern auch öffentliche Vergehen von der öffentlichen Obrigkeit an sein Gericht ziehen [21]), und mit Zuzie-

12) Livius XLI. 8.

13) Man sehe §. 492.

14) Gaius I. 66—72. 87. III. 5. Man vergleiche dazu gegen die theilweise abweichende Meinung von Gans die gründliche Widerlegung von Vangerow Latini Iuniani S. 190—199.

15) Gaius I. 67. 87. 128., Ulpian. X. 5.

16) §. 3. J. de patr. potest. (1. 9).

17) Fr. 1. 2. 5. 6. 7. 9. 10. D. de obseq. parent. (37. 15).

18) Die Gerichte mischten sich nur bei Zwistigkeiten ein, fr. 1. §. 3. fr. 3. §. 5. D. de liber. exhib. (43. 20), c. 1. C. ubi pupill. (5. 49).

19) Fr. 4. 5. 7. 8. D. de agnosc. liber. (25. 3), c. 1—4. C. de alend. liber. (5. 25).

20) Dionys. II. 15. 26., Gellius V. 19., Collat. leg. Mos. IV. 8., c. 10. C. de patr. potest. (8. 47).

21) Festus v. sororium, Livius I. 26. II. 41., Dionys. VIII. 79., Plutarch. Poblic. 6., Zonaras VII. 12., Livii epit. 54., Dio Cass. XXXVII. 36.

hung der Verwandten und Freunde[22]), in dringenden Fällen aber auch ohne diese[23]), mit der im römischen Charakter liegenden unerbittlichen Strenge über sein Kind den furchtbaren Ausspruch ergehen lassen. Der Stimme der Natur bei diesem schrecklichen Amte vertrauend dachte das Recht an einen Missbrauch desselben nicht; dagegen schützte blos die Sitte und die censorische Gewalt[24]). Nur bei neugeborenen Kindern, wo ein Missbrauch am Ersten zu befürchten stand, war schon nach dem uralten Recht die Tödtung nur im Fall einer Missgeburt, und auch dann nur unter bestimmten Formen erlaubt[25]). Später wurde aber überhaupt dem Vater die Obrigkeit an die Seite gestellt[26]), und seit Constantin traf denjenigen, der sein Kind tödtete, die gemeine Strafe des Parricidiums[27]). Dem Vater und den Aeltesten der Familie verblieb jedoch bei Vergehen eines jüngeren Familiengliedes eine vom Gesetz anerkannte und unterstützte strenge häusliche Zuchtgewalt[28]). Auch war den Kindern in der Gewalt wegen Misshandlungen niemals eine Injurienklage gegen den Vater gestattet[29]). Zur Reclamirung eines Kindes gegen Dritte gab es im Edicte besondere Interdicte[30]).

538. Ein anderes in der väterlichen Gewalt enthaltenes Recht war die Befugniss des Vaters, sein Kind zu verkaufen, und zwar wurde ein Sohn erst nach dreimaligem,

22) Valer. Max. V. 8, 2. 3. V. 9, 1., Seneca de clem. I. 15.

23) Sallust. Catil. 39., Valer. Max. V. 8, 3.

24) Dionys. fragm. XX. ed. Mai.

25) Dionys. II. 15., Cicero de legib. III. 8.

26) Fr. 5. D. si a parente (37. 12), fr. 5. D. de l. Pomp. de parric. (48. 9), fr. 2. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), fr. 9. §. 3. D. de off. procons. (1. 16), c. 3. C. de patr. potest. (8. 47).

27) C. un. C. Th. de parric. (9. 15), c. un. C. de his qui parent. (9. 27). Früher war der Vater stillschweigend ausgenommen, fr. 1. D. de l. Pompeia (48. 5).

28) C. un. C. de emend. propinq. (9. 15).

29) Fr. 7. §. 3. D. de iniur. (47. 10).

30) Interdictum de liberis exhibendis vel ducendis, fr. 1. 3. D. de liber. exhib. (43. 30).

eine Tochter schon nach einmaligem Verkauf von dem Vater frei[31]). Hatte jedoch der Vater in die Ehe des Sohnes eingewilligt, so durfte er ihn nicht mehr verkaufen[32]). Der Verkauf konnte auch ausser Landes gehen[33]), und dann gerieth das Kind dort in eine wahre Knechtschaft. Dasselbe galt umgekehrt, wenn ein Römer von einem Auswärtigen dessen Kind verkauft erhalten hatte[34]). Uebrigens wurde aber jenes Recht der väterlichen Gewalt durch die Sitte in Schranken gehalten, und gewiss hauptsächlich nur gegen ungerathene Kinder, oder aus Noth, wenn man die Seinigen nicht mehr ernähren konnte, ausgeübt[35]). In so fern wurde dadurch indirect dem Aussetzen der Kinder entgegengewirkt. Allmählig suchten aber die Kaiser das Verkaufen abzustellen[36]), und Constantin wollte es nur aus Armuth bei neugeborenen Kindern, weil dabei das Aussetzen am meisten zu befürchten ist, und auch dann immer mit Vorbehalt des Wiedereinlösungsrechts zulassen[37]). Allein die Noth war oft mächtiger als die Gesetze, und mehrmals mussten die Kaiser durch transitorische Verordnungen nachhelfen[38]). Erst unter Justinian wurde Constantins Meinung zur unbedingten Regel gemacht[39]). Das Aussetzen, wogegen noch immer keine durchgreifenden Verordnungen erlassen waren[40]), bestrafte aber Constantin dadurch, dass dann

31) Dionys. II. 27., Ulpian. X. 1., Gaius I. 132. IV. 79. Der Grund dieser Unterscheidung ist nicht zu ermitteln. Einen Erklärungsversuch macht Danz Geschichte des röm. Rechts §. 111.; allein dieser wird schwerlich befriedigen.

32) Dionys. II. 27., Plutarch. Numa 17.

33) Cicero pro Caecina 34., de orat. I. 40.

34) Dieses zeigt sich aus Livius XLI. 8. 9.

35) Paul. sent. rec. V. 1. §. 1.

36) C. 1. C. de liber. causa (7. 16), c. 1. C. de patrib. (4. 43).

37) C. un. C. Th. de his qui sanguinol. (5. 8), Fragm. Vatic. §. 34.

38) C. un. C. Th. de patrib. (3. 3), nov. Valentin. III. tit. XXXII. de parent. qui filios.

39) C. 2. C. de patrib. (4. 43). Die Stelle ist offenbar etwas interpolirt.

40) Plinius epist. X. 71. 72. Von dem Aussetzen wurde daher

das Kind nie reclamirt werden konnte[41]). Später endlich wurde es als ein Verbrechen verpönt[42]). Verkäufe hoben aber auch im neuen Recht die Ingenuität nicht auf[43]).

539. Die Vermögensverhältnisse der Kinder in der väterlichen Gewalt waren denen der Knechte ganz analog; ein Haussohn erwarb wie ein Werkzeug des Vaters Alles für diesen[44]), und konnte mithin nichts Eigenes haben[45]). Diesem entsprach auch die alte Sitte, wonach Vater, Söhne, Töchter und Schwiegertöchter in einem oft sehr engen Raume beisammen wohnten und den gemeinschaftlichen Erwerb an demselben Tische verzehrten[46]). Sollte ein Haussohn einen abgesonderten Nahrungszweig haben, so gab ihm dazu der Vater regelmässig ein peculium[47]), weil die Magistratur und der Kriegsdienst in der alten Zeit nichts einbrachten, das Eintreten in einen Privatdienst aber für einen freien Mann unpassend schien. Ein solches peculium blieb zwar juristisch immer noch Vermögen des Vaters[48]), aber der Sohn erhielt dann doch insgemein die freie Verwaltung[49]). Nur verschenken durfte er davon ohne die besondere Erlaubniss des Vaters nichts[50]), und testiren konnte

---

nicht als einer strafbaren Handlung geredet, fr. 29. D. de manum. testam. (40. 4), c. 16. C. de nupt. (5. 4).

41) C. 1. C. Th. de expos. (5. 7).

42) C. 2. C. de infant. expos. (8. 52).

43) Paul. sent. rec. V. 1. §. 1., Fragm. Vatic. §. 33., c. 2. C. de ingen. manum. (7. 14), c. 10. C. de patr. pot. (8. 47).

44) Dionys. VIII. 79., Gaius II. 86. 87. III. 163., Ulpian XIX. 18., pr. J. per quas person. (2. 9).

45) Gaius II. 87. 96., Ulpian. XX. 10.

46) Dieses zeigen mehrere Beispiele, Valer. Max IV. 4, 8., Plutarch. Aemil. Paul. 5., Cato mai. 24., Crassus 1.

47) Plautus Mercat. 1. 1. v. 95. Davon handelt Dietzel das heutige Peculium (Bekker Jahrbuch II. 1—52. III. 58—115). Das Eigenthümliche in seiner Auffassung kann hier nicht discutirt werden.

48) Sueton. Tiber. 15., pr. J. quib. non permitt. (2. 12).

49) Fr. 46. 48. D. de pecul. (15. 1), fr. 34. pr. D. de novat. (46. 2).

50) Sueton. Tiber. 15., fr. 28. §. 2. D. de pact. (2. 14), fr. 1. §. 1. D. quae res pign. (21. 3), fr. 7. pr. §. 2. 4. 5. D. de donat. (39. 5). Daher auch nicht manumittiren, Sueton. Tiber. 15., fr. 13. D. de iure patron. (37. 14).

er nicht einmal mit dieser[51]), weil er in Allem was er that, nur ein Bevollmächtigter des Vaters war, Testamente aber überhaupt durch Bevollmächtigte nicht errichtet werden konnten.

540. Unter den Kaisern traten aber nach den veränderten Zuständen mancherlei Modificationen ein. Zuerst bei dem im Kriegsdienst erworbenen Peculium, das nun bei dem System der stehenden Heere oft vorkam. Darüber gestatteten schon Augustus und andere Kaiser zu testiren[52]), dann auch einen darin befindlichen Knecht zu manumittiren[53]); endlich stellte sich die Rechtsansicht fest, dass sie darüber wie Hausväter unter Lebenden und auf den Todesfall verfügen könnten[54]), und das Peculienrecht des Vaters erst, wenn sie nicht wirklich so disponirt hätten, zur Sprache käme[55]). Dieser Grundsatz wurde allmählich, besonders seit Constantin[56]), auch auf das in bürgerlichen Aemtern erworbene peculium ausgedehnt[57]). Ferner entstand eine Ausnahme bei dem von der Mutter her ererbten Vermögen des Kindes. Nach der alten Regel fiel solches dem Vater zu, und die Mutter konnte dieses nur hindern, wenn sie das Kind unter der Bedingung, dass der Vater es emancipirte, zum Erben machte[58]). Constantin aber verordnete, dass ein solches Vermögen dem Kinde gehören, und dem Vater

51) Fr. 6. pr. D. qui testam. (28. 1), fr. 25. §. 1. D. de mort. caus. donat. (39. 6).

52) Pr. J. quib. non permitt. (2. 12), Ulpian. XX. 10.

53) Fr. 13. 19. §. 3. D. de castr. pecul. (49.17), fr. 8. pr. D. de iure patron. (37. 14), fr. 3. §. 8. fr. 22. D. de bon. libert. (38. 2).

54) Fr. 1. §. 3. fr. 2. D. ad SC. Maced. (14. 6), fr. 15. §. 3. D. de castr. pecul. (49. 17).

55) Das Nähere im Erbrecht.

56) Doch ist auch schon früher von einem peculium quasi castrense die Rede, fr. 1. §. 6. fr. 16. §. 12. ad SC. Trebell. (36. 1), fr. 1. §. 15. D. de collat. (37. 6).

57) §. 6. J. de milit. testam. (2. 11), c. 37. C. de inoff. testam. (3. 28), c. 12. C. qui testam. (6. 22).

58) Plinius epist. IV. 2. VIII. 18., fr. 16. §. 2. D. de curat. fur. (27. 10).

blos der Niessbrauch und die Verwaltung zustehen sollte[59]). Dieses wurde dann noch auf einige andere Fälle ausgedehnt[60]). Zu Justinians Zeit war demnach die alte Regel zwar theoretisch noch vorhanden, allein durch die vielen Ausnahmen war sie fast ganz unanwendbar geworden. Dieser Kaiser kehrte daher das Verhältniss um, und stellte die Regel auf, dass an allem nicht aus der Substanz des Vaters herrührenden Vermögen eines Hauskindes der Vater nur den lebenslänglichen Niessbrauch[61]), und in einigen Fällen nicht einmal diesen[62]), das Kind also das Eigenthum, jedoch ohne darum fähig zu werden darüber zu testiren[63]), haben sollte. An den Verhältnissen des vom Vater concedirten und des im Kriegs- oder Staatsdienst erworbenen Peculiums wurde aber durch diese neue Regel nichts geändert.

541. Die obligatorischen Verhältnisse eines Kindes in der väterlichen Gewalt wurden auf folgende Art beurtheilt. Forderungen aus Contracten, Delicten oder anderen Rechtsverhältnissen konnte es nicht haben, und daher auch keine Klagen daraus anstellen[64]), sondern seine Rechte erwarb der Vater; doch sind durch die Jurisprudenz viele Ausnahmen gemacht worden, wo ein Haussohn auf eigenen Namen Klage erheben konnte[65]). Mit den Schulden eines Haussohnes verhielt es sich grade umgekehrt; diese giengen den Vater nichts an[66]), ausser in den Fällen und aus

59) C. 1. 2. C. Th. de ben. matern. (8. 18).

60) C. 6. 7. C. Th. de ben. matern. (8. 18), c. un. C. Th. de benis quae filiisfam. (8. 19), c. 1—5. C. de benis quae liber. (6. 61).

61) C. 6. pr. §. 1. c. 8. pr. C. de bon. quae liber. (6. 61), §. 1. J. per quas person. (2. 9).

62) C. 8. pr. §. 1. C. de bon. quae liber. (6. 61), nov. 117. c. 1., nov. 118. c. 2., nov. 134. c. 11.

63) C. 11. C. qui testam. fac. (6. 22), c. 8. §. 5. C. de bon. quae liber. (6. 61), pr. J. quib. non permitt. (2. 12).

64) Fr. 9. D. de obl. et act. (44. 7), fr. 13. §. 2. D. quod vi (43. 24).

65) Diese Fälle sind weitläufig discutirt bei Savigny System II. §. 71—74. Einen Auszug davon giebt Puchta Institutionen II. §. 219. Für die Rechtsgeschichte ist die Frage nicht von grossem Belang.

66) C. 3. C. ne filius pro patre (4. 13).

denselben Gründen, wo auch ein Herr durch seinen Knecht obligirt wurde[67]. Wohl aber wurde der Haussohn selbst, vorausgesetzt dass er mündig war, durch seine Schulden obligirt, und zwar nicht wie ein Knecht blos natürlich, sondern auch bürgerlich[68], weil er doch volle juristische Persönlichkeit hatte; er konnte sich daher auch für den Vater selbst verbürgen[69]; nur mussten freilich die Klagen ausgesetzt bleiben, bis er zu eigenem Vermögen gekommen war[70]. Eine Beschränkung entstand nur aus nahe liegenden Gründen für die baaren Gelddarlehn. Zuerst wurden durch eine lex unter Claudius Borggeschäfte, deren Verfallzeit auf den Tod des Vaters gestellt war, verboten[71]; dann nach dem Senatusconsultum Macedonianum unter Vespasian überhaupt alle Gelddarlehn an einen Haussohn, und denselben für immer die Klagbarkeit abgesprochen[72]. Uebrigens war es möglich, dass ein Sohn mit dem Vater selbst in obligatorische Verhältnisse kam, so dass er dem Vater oder der Vater ihm schuldig wurde. Daraus entstanden jedoch ausser in Beziehung auf das im Kriegsdienst erworbene Peculium keine Klagrechte[73], sondern nur eine natürliche Verbindlichkeit[74]. Selbst Schenkungen des Vaters an sein Kind waren ohne Wirkung[75]; erst später

67) Pr. §. 6. J. quod cum eo (4. 7). Man sehe §. 471. 472. 473.

68) Fr. 141. §. 2. D. de verb. obl. (45. 1), fr. 39. D. de obl. et act. (44. 7). Darin war auch zwischen einem filiusfamilias und einer filiafamilias kein Unterschied. Dieses zeigt Savigny System II. Beilage V.

69) Fr. 10. §. 2. D. de fideiuss. (46. 1).

70) Fr. 2. pr. fr. 4. §. 2. 3. fr. 5. pr. D. quod cum eo (14. 5).

71) Tacit. ann. XI. 13.

72) Fr. 1. pr. D. de SC. Maced. (14. 6), Sueton. Vespas. 11., §. 7. J. quod cum eo (4. 7). Davon handelt Dietzel das Senatusconsultum Macedonianum. Leipzig 1856.

73) Fr. 4. D. de iudic. (5. 1), fr. 2. pr. D. de contr. emt. (18. 1), fr. 15. §. 1. 2. 3. D. de castr. pecul. (49. 17), §. 4. 6. J. de inutil. stipul. (3. 19).

74) Fr. 38. pr. §. 1. 2. D. de cond. indeb. (12. 6).

75) Fr. 1. §. 1. D. pro donat. (41. 6), c. 11. C. de donat. (8. 54), Fragm. Vatic. §. 294. 295. 296.

liessen sie die Kaiser, wenn der Vater darüber ohne Widerruf verstorben wäre, wie Schenkungen auf den Todesfall gelten [76]).

542. Endlich mit den Delicten eines Kindes in der Gewalt wurde es auf folgende Art gehalten. Aus denjenigen, die es im Hauswesen begieng, erwarb der Vater keine Klagrechte [77]). Bei Delicten gegen Dritte konnten diese den Vater angehen, und wenn dieser sie nicht vertreten wollte, so konnte man direct gegen den Sohn klagen [78]), was freilich nur dann etwas half, wenn er eigenes Vermögen hatte [79]) oder sui iuris geworden war [80]), oder endlich konnte man vom Vater als Schadenersatz die Abtretung des Kindes verlangen [81]). Diese geschah in der gewöhnlichen Form der Mancipation [82]); der Empfänger sollte jedoch, wenn die Schuld abverdient war, vom Prätor zur Freilassung gezwungen werden [83]). Diese Anwendung der noxae datio kam aber in der christlichen Zeit ausser Gebrauch und Justinian hob sie vollends auf [84]).

543. Ausser durch Zeugung in einer Ehe mit connubium entstand die väterliche Gewalt auch durch Adoption. Diese war doppelter Art je nachdem sie Einen, der sui iuris war, oder Einen der noch in der Gewalt stand, betraf. Im

76) Fragm. Vatic. §. 274. 277. 278. 281., Paul. sent. rec. V. 11. §. 3., c. 2. Cod. Greg. de famil. herc. (3. 4), c. 18. C. famil. herc. (3. 36), c. 25. C. de donat. int. vir. (5. 16).

77) Gaius IV. 78., fr. 17. pr. D. de furt. (47. 2).

78) Fr. 33. 34. D. de noxal. act. (9. 4), fr. 57. D. de iudic. (5. 1), fr. 39. D. de obl. et act. (44. 7).

79) Selbst aber gegen das vom Vater herrührende peculium, wiewohl es dem Princip nach durch Delicte nicht ärmer gemacht werden konnte, haben die Juristen die aus der Litiscontestation oder Condemnation herrührende Obligation des Sohnes zu verfolgen gestattet, fr. 3. §. 11. D. de peculio (15. 1), fr. 35. D. de noxal. act. (9. 4), fr. 57. D. de iudic. (5. 1).

80) Gaius IV. 77.

81) Gaius IV. 75—78., Livius VIII. 28.

82) Gaius I. 141. IV. 79.

83) Collat. leg. Mos. II. 3.

84) §. 7. J. de noxal. act. (4. 8).

ersten Falle geschah sie auf Betreiben der pontifices durch einen Beschluss des Volkes in den Curiatcomitien, und wurde von dem darauf gerichteten Antrag eine Arrogation genannt[85]). Später trat eine Verhandlung vor dem Kaiser und ein kaiserliches Rescript an die Stelle jener Form[86]). Nun konnte auch, was die alte Einrichtung ihrer Natur nach nicht zugelassen hatte, ausserhalb Rom arrogirt werden[87]). Die einigemal erwähnte Adoption eines homo sui iuris im Testament[88]) war aber nichts Juristisches, sondern nur eine Form um gegen den zum Erben Eingesetzten die Affection wie zu einem Sohne auszudrücken, was dann von Seiten desselben die Annahme des Namens des Erblassers zur Folge hatte[89]). Zum juristischen Uebergang in die Familie desselben musste nach Art der Arrogation ein Curiatbeschluss hinzukommen[90]).

544. Andere Bedingungen waren folgende. Der Arrogirende musste ein Mann und mindestens achtzehn Jahre älter als der zu Arrogirende[91]), und regelmässig auch über das zur Zeugung taugliche Alter hinaus sein[92]), was man

85) Gellius V. 19., Gaius I. 98. 99., Ulpian. VIII. 2. 3. Lange Röm. Alterth. I. 103. 104. stellt die durch nichts unterstützte Hypothese auf, in der rein patricischen Zeit sei auch die Adoption eines homo alieni iuris in der Form der arrogatio geschehen. Becker-Marquardt Röm. Alterth. II. 1, 392. 393. II. 3, 190 — 196. meint im Widerspruch mit Gellius, die Arrogationen der Plebejer hätten nicht in den comitia curiata sondern in den centuriata statt gefunden. Man vergleiche dagegen §. 68.

86) Vopisc. Aurelian. 14. 15., c. 2. 6. 8. C. de adopt. (8. 48), §. 1. J. de adopt. (1. 11.).

87) Gaius I. 100., Ulpian. VIII. 4., c. 6. C. de adopt. (8. 48).

88) Davon handelt Bachofen Ausgew. Lehren S. 228—244. Mehr Literatur giebt Rein Privatrecht S. 480.

89) Plinius hist. nat. XXXV. 2., Dio Cass. XL. 51., Sueton. Iul. Caesar 83. Tiber. 6.

90) Einen solchen erwirkte für sich Octavian, Appian. de bell. civ. II. 143. III. 14. 94., Dio Cass. XLIV. 35. XLV. 5. XLVI. 47. Doch war dieses wohl etwas Ausserordentliches.

91) Gaius I. 106., fr. 40. §. 1. D. de adopt. (1. 7), §. 4. J. de adopt. (1. 11).

92) Gellius V. 19., Declam. pro domo 13. 14.

auf das sechzigste Jahr festsetzte[93]). Weiber waren zu arrogiren wie zu adoptiren unfähig, weil sie keine väterliche Gewalt haben konnten[94]); später ist ihnen jedoch zum Trost für den Verlust leiblicher Kinder die Annahme eines Pflegkindes möglich gemacht worden[95]). Ferner konnte eine Person weiblichen Geschlechts nach der alten Form auch nicht arrogirt werden[96]), wohl aber nach der späteren[97]); desgleichen nicht Pupillen, was jedoch schon Antoninus Pius unter gewissen Bedingungen zugab[98]); auch nicht der Freigelassene eines Anderen, wenigstens nicht zum Präjudiz des Patronatrechts[99]); wohl aber aus trifftigen Gründen der eigene Freigelassene, was dann zwar in der Familie selbst, nicht aber nach Aussen hin die Rechte eines ingenuus gewährte[100]). Wie es sich mit der Adoption eines servus verhielt, ist nicht recht klar[101]).

545. Die Wirkung der Arrogation bestand darin, dass nicht blos der Arrogirte selbst, sondern auch die Kinder, die er in der Gewalt hatte, der Gewalt des Arrogirenden unterworfen wurden[102]), somit auch ihre Familie und Agnation gegen die des Arrogirenden wechselten und daher eine minima capitis deminutio erlitten[103]). Eben so gieng das Vermögen des Arrogirten in das Eigenthum des An-

93) Fr. 15. §. 2. D. de adopt. (1. 7).

94) Gaius I. 104., Ulpian. VIII. 8a.

95) C. 5. C. de adopt. (8. 48), §. 10. J. de adopt. (1. 11).

96) Gellius V. 19., Gaius I. 101., Ulpian. VIII. 5.

97) Fr. 21. D. de adopt. (1. 7), c. 8. C. de adopt. (8. 48).

98) Gellius V. 19., Gaius I. 102., Ulpian. VIII. 5., fr. 17. D. de adopt. (1. 7), §. 3. J. de adopt. (1. 11).

99) Fr. 15. §. 3. D. de adopt. (1. 7), fr. 1. §. 2. D. si quis a parente (37. 12), fr. 10. §. 2. D. de in ius voc. (2. 4), fr. 49. D. de bon. libert. (38. 2).

100) Gellius V. 19., c. 3. C. de adopt. (8. 48), fr. 27. D. de statu homin. (1. 5), fr. 32. D. de ritu nupt. (23. 2).

101) Gellius V. 19., §. 12. J. de adopt. (1. 11), Theophil. I. 11. §. 12.

102) Gaius I. 107., Ulpian. VIII. 8., §. 11. J. de adopt. (1. 11).

103) Paul. sent. rec. III. 6. §. 29., fr. 2. §. 2. fr. 3. pr. D. de capit. minut. (4. 5).

dern über[104]). Die von ihm mitgebrachten Schulden wirkten aber gegen den Arrogirenden nicht, sondern giengen dem strengen Rechte nach durch die capitis deminutio unter; doch wurde den Creditoren durch eine Fiction eine Klage bis auf den Bestand jenes Vermögens gegeben[105]). Nach der Verordnung Justinians behielt aber der Arrogirte das Eigenthum seines Vermögens und der Arrogirende erwarb daran nur den Niessbrauch; damit war die obige Bestimmung über die Schulden noch leichter zu vereinigen[106]). Auf die Nachtheile, die den Arrogirten hinsichtlich seines Vermögens durch die Arrogation treffen konnten, katten die pontifices aufmerksam zu sein[107]). Insbesondere sollte dieses bei der Arrogation eines Unmündigen geschehen[108]), und nach der Vorschrift des Antoninus Pius musste der Arrogirende nicht nur auf den Fall, dass der Arrogirte in der Unmündigkeit sterben oder emancipirt würde, die Herausgabe von dessen Vermögen verbürgen[109]), sondern diesem war auch auf den Fall, dass er exhäredirt oder ohne Grund emancipirt würde, noch dazu ein Viertheil vom eigenen Vermögen des Arrogirenden zugesichert[110]). Diese Bestimmungen blieben auch im Justinianischen Recht.

546. Sollte ein Kind adoptirt werden, welches noch in der väterlichen Gewalt stand, so war die Form aus zwei Bestandtheilen zusammengesetzt. Zuerst musste die bisherige väterliche Gewalt zerstört, dann in der Hand des Anderen die neue erzeugt werden. Ersteres geschah, wenn es sich um einen Sohn handelte, durch drei Mancipationen,

104) Gaius II. 98. III. 82. 83., fr. 15. pr. D. de adopt. (1. 7).

105) Gaius III. 84. IV. 38. fr. 2. §. 1. D. de capit. minut. (4. 5).

106) §. 2. 3. J. de acquis per adrogat. (3. 10).

107) Gellius V. 19.

108) Fr. 17. §. 2. 4. D. de adopt. (1. 7).

109) Gaius I. 102., §. 3. J. de adopt. (1. 11), fr. 18. 19. 20. 22. D. de adopt. (1. 7).

110) F. 13. D. si quid in fraud. patroni (38. 5), c. 2. C. de adopt. (8. 48), §. 3. J. de adopt. (1. 11), fr. 22. pr. §. 1. D. de adopt. (1. 7).

zwei Manumissionen und eine Remancipation an den Vater oder einen Dritten; Letzteres dadurch, dass nun der Adoptirende das so im mancipium stehende Kind als das Seinige vor dem Prätor scheinbar vindicirte [111]). Diese Form war in Rom wie in den Provinzen, an Kindern männlichen wie weiblichen Geschlechts, an Mündigen wie an Unmündigen anwendbar [112]). Erst Justinian schaffte sie ab, indem er eine vor der Obrigkeit zu Protocoll zu gebende Erklärung an die Stelle setzte [113]). Ueber das Verhältniss des Alters des Adoptivvaters zu dem des Adoptivkindes galt dasselbe wie bei der Arrogation [114]). Auch die Wirkungen, der Wechsel der Familie und Agnation waren bis auf Justinian im Ganzen dieselben [115]). Dieser Kaiser machte jedoch die wichtige Aenderung, dass durch die Adoption an der Gewalt und den übrigen Beziehungen des leiblichen Vaters in der Regel nichts geändert werden und die alten Wirkungen der Adoption vollständig nur dann eintreten sollten, wenn der Adoptirende der Gross- oder Urgrossvater wäre [116]). Ein anderer Unterschied war schon nach dem alten Recht der, dass die Wirkung dieser Adoption sich blos auf das Kind beschränkte; die von diesem erzeugten Kinder, selbst das erst concipirte und noch nicht geborene Kind, folgten ihm nicht, weil sie ihrem Grossvater mittelbar durch Zeugung angehörten [117]).

547. Uneheliche Kinder hatten juristisch keinen Va-

111) Gellius V. 19., Gaius I. 134., Sueton. Octav. 64. Ueber die Stelle des Gajus sehe man die Conjectur von Scheurl Beiträge S. 268.

112) Gaius I. 98—102., Ulpian. VIII. 4. 5.

113) C. 11. C. de adopt. (8. 48).

114) Man sehe Note 91.

115) Fr. 23. D. de adopt. (1. 7), fr. 1. §. 4. D. unde cognati (38. 8), fr. 4. §. 10. D. de gradib. (38. 10), fr. 2. §. 3. D. de suis (38. 16), Livius XLV. 40. 41. Diese cognatio civilis erzeugte auch ein Ehehinderniss selbst für die Fortsetzung einer bereits bestehenden Ehe, fr. 17. §. 1. D. de ritu nupt. (23. 2), §. 2. J. de nupt. (1. 10).

116) C. 10. C. de adopt. (8. 48), §. 2. J. de adopt. (1. 11), §. 8. J. quib. mod. ius potest. (1. 12), §. 14. J. de hered. (3. 1).

117) §. 9. J. quib. mod. ius potest. (1. 12).

ter. Sie konnten nur durch Arrogation zu ihrem Vater in ein Kindschaftverhältniss kommen, und eine solche war im alten Recht auch nur an Söhnen möglich. Seit Constantin ist jedoch an gewissen Arten von unehelichen Kindern, nämlich an den im Concubinat erzeugten natürlichen Kindern, eine andere Entstehungsart der väterlichen Gewalt möglich geworden, durch Legitimation. Solche Kinder sollten zu den Rechten der ehelichen Kinder erhoben werden, wenn der Vater die Concubine später heirathete [118]), oder das Kind den städtischen Curialen adscribiren liesse [119]). Justinian fügte einen dritten Fall hinzu, nämlich wenn man vom Kaiser darüber ein Rescript erwirkte, und erliess über diese drei Arten zwei ausführliche Gesetze [120]). Daneben blieb auch die Arrogation derselben bis auf Justinus möglich, welcher (519) nicht nur diese, sondern auch die Legitimation verbot, weil er in Beiden eine Beeinträchtigung der Ehen erblickte [121]). Justinian gieng zwar hinsichtlich der Legitimation von dieser Ansicht ab; hinsichtlich der Arrogation hielt er aber das Verbot fest [122]), was auch den guten Grund hatte, das die von ihm eingeführte Legitimation durch ein kaiserliches Rescript an strengere Bedingungen geknüpft war, als die Arrogation durch ein solches.

548. Die väterliche Gewalt dauerte regelmässig so lange der Gewalthaber lebte. Bei seinem Tode wurde der Sohn sui iuris, die Enkel aber fielen in dessen Gewalt [123]). Ausserdem hörte die Gewalt auf, wenn der Vater oder das Kind die Civität verlor [124]), daher auch durch Gefan-

118) C. 5. 6. 7. 10. 11. C. de natur. liber. (5. 27), nov. 12. c. 4., nov. 18. c. 11., nov. 19., nov. 78. c. 4.

119) C. 3. 4. C. de natur. liber. (5.27), §. 13. J. de nupt. (1. 10).

120) Nov. 74. 89.

121) C. 6. 7. C. de natur. liber. (5. 27).

122) Nov. 74. c. 3., nov. 87. c. 9. 11. §. 2.

123) Gaius I. 127., Ulpian. X. 2., pr. J. quib. mod. (1. 12).

124) Gaius I. 128. 131., Ulpian. X. 3., §. 1. 2. 3. J. quib. mod. (1. 12).

genschaft im Kriege vorbehältlich des Rechts des Postliminiums [125]); ferner wenn das Kind in die potestas, die manus oder das mancipium eines Anderen kam [126]); endlich durch Emancipation. Dieso geschah an einem Sohne durch drei Mancipationen an einen Dritten und drei von demselben durch vindicta vollzogene Manumissionen; gewöhnlich wurde jedoch der Sohn vor der dritten Manumission kraft eines fiduciarischen Vorbehaltes an den Vater remancipirt, damit dieser selbst die Manumission vornahm und dadurch das Patronatrecht behielt [127]). Im neueren Recht ist aber von Anastasius auch eine Emancipation durch Erbittung eines kaiserlichen Rescriptes zugelassen, endlich von Justinian die alte Form ganz abgeschafft und an deren Stelle die Erklärung vor der Obrigkeit gesetzt worden [128]). Dadurch ist die Möglichkeit, dass ein Fremder der manumissor wäre, weggefallen [129]). Die Zustimmung des Kindes war nöthig, wenn es ein leibliches [130]), nicht aber wenn es blos ein adoptirtes war [131]). Auch durfte sich der Vater bei der Freilassung keine Dienste stipuliren [132]). Mit der Emancipation war natürlich eine capitis deminutio [133]) und der Verlust der Familienrechte verknüpft [134]); im neuen Rechte

125) Gaius I. 129., Ulpian. X. 4., Paul. sent. rec. II. 25. §. 1., §. 5. J. quib. mod. (1. 12), fr. 14. 25. D. de captiv. (49. 15). Mehr darüber giebt Hase Ius postliminii S. 72—85.

126) Eine Ausnahme machte nur später die manus bei der Frau des flamen dialis, weil diese nur noch eine scheinbare war, Gaius I. 136.

127) Gaius I. 132. 135. 140., Gaji epit. I. 6. §. 3., Ulpian. X. 1. XXIII. 3., Paul. sent. rec. II. 25. §. 2. 3. 4., Theophil. I. 12. §. 6., nov. 81. praef.

128) C. 5. 6. C. de emancip. (8. 49), §. 6. J. quib. mod. (1. 12).

129) §. 8. J. de legit. adgnat. success. (3. 2).

130) Paul. sent. rec. II. 25. §. 5., c. 5. C. de emanc. (8. 49), nov. 89. c. 11. pr.

131) Fr. 132. pr. D. de verb. obl. (45. 1), c. 9. 10. pr. C. de adopt. (8. 48).

132) Fr. 4. D. si a parente (37. 12), fr. 10. D. de obseq. (37. 15).

133) Gaius I. 162., fr. 3. §. 1. D. de cap. min. (4. 5), §. 3. J. de capit. demin. (1. 16).

134) Gaius I. 163., fr. 4. §. 10. D. de grad. (38. 10). Wo daher

konnte man sich jedoch die Beibehaltung derselben vom Kaiser erbitten [135]). Jene Wirkungen giengen aber blos auf den Emancipirten selbst; die von ihm bis zum Austritt aus der Gewalt erzeugten wenn auch noch nicht geborenen Kinder verblieben dem Grossvater [136]). In die Gewalt ihres emancipirten Vaters konnten sie nur vermittelst einer Adoption gebracht werden [137]). Einen Anspruch auf Entschädigung für die Erbrechte, die der Emancipirte verlor, hatte er nicht; doch liess man ihm stillschweigend das Peculium und andere vom Vater empfangene Geschenke, wenn sie nicht ausdrücklich zurückgenommen wurden [138]). Das eigenthümliche Vermögen des Kindes, woran der Vater den Niessbrauch gehabt hatte, musste dieser aber bis auf ein Drittheil, das ihm eigenthümlich [139]), oder später bis auf die Hälfte, woran ihm der lebenslängliche Niessbrauch blieb [140]), herausgeben. Eine blosse Abdication statt des Verkaufes und der Emancipation, wie bei den Griechen, gab es nicht [141]). Ein eigenthümliches Recht galt bei den Vestalischen Jungfrauen. Eine solche wurde durch die Einkleidung [142]) der gewöhnlichen bürgerlichen Ordnung ganz entrückt und in ein Kindschaftverhältniss [143]) zu ihrer Gott-

---

eine blosse civilis cognatio bestanden hatte, wurde alles Verwandtschaftverhältniss aufgehoben, fr. 13. 14. D. de adopt. (1. 7), fr. 3. D. unde cognati (38. 8), §. 11. J. de heredit. (3. 1).

135) C. 11. C. de legit. hered. (6. 58).

136) Gaius I. 135. III. 2., pr. §. 9. J. quib. mod. (1. 12).

137) Fr. 1. §. 2. D. si a parente (37. 12).

138) Fragm. Vatic. §. 255. 260. 261., fr. 31. §. 2. D. de donat. (39. 5), c. 17. C. de donat. (8. 54), c. 6. C. de emanc. (8. 49).

139) C. 1. §. 2. c. 2. C. Th. de matern. bon. (8. 18).

140) C. 6. §. 3. C. de bon. quae liber. (6. 61), c. 6. C. de emanc. (8. 49), §. 2. J. per quas person. (2. 9).

141) Dionys. II. 26., c. 6. C. de patr. pot. (8. 47), c. 3. C. de emanc. (8. 49).

142) Man sehe darüber Buch I. Kap. XVIII. Note 161.

143) Mommsen Röm. Gesch. I. 12. S. 155. stellt den Gesichtspunkt auf, die Vestalinnen seien gleichsam die Haustöchter des römischen Volks geworden. Böcking Institutionen I. §. 58. nimmt eine Mancipation derselben an die Gottheit an, was sich aber durch den Ausdruck

heit gebracht; sie trat daher aus der Gewalt ihres Vaters aus[144]), und konnte ab intestato nicht mehr erben und beerbt werden[145]); allein eine capitis deminutio erlitt sie dadurch nicht[146]), weil diese im Sacralrecht als eine Verunreinigung galt[147]). Eben so trat der flamen dialis durch die Inauguration ohne capitis deminutio aus der väterlichen Gewalt heraus[148]). Justinian hat dasselbe bei gewissen hohen geistlichen und weltlichen Würden verordnet[149]).

Neuntes Kapitel.

Von der Vormundschaft.

549. Die potestas, manus und mancipium schliessen für denjenigen, der sich darin befindet, von selbst auch dessen Beschützung und Leitung, wenn er deren bedürftig ist, in sich. Für diejenigen aber, welche nicht der Gewalt eines Anderen unterworfen waren, gab es zu diesem Zwecke bei den Römern wie bei allen gebildeten Völkern ein besonderes Institut, die Tutel[1]). Diese bezog sich auf eine

capere nicht beweisen lässt. Ihm folgt Becker-Marquardt IV. 244. 245., indem er inconsequenterweise doch wieder von einer Art von patria potestas, worin sie zur Gottheit stehen, spricht. Gegen Böcking erklärt sich Scheurl Beiträge S. 264.

144) Gellius I. 12., Gaius I. 130. 145., Ulpian. X. 5.

145) So sagt Labeo bei Gellius I. 12.

146) Gellius I. 12.

147) Der Beweis davon ist, dass Keine zur Vestalin gewählt werden durfte, die selbst oder deren Vater eine capitis deminutio erlitten hatte, Gellius I. 12.

148) Gaius I. 130. III. 114., Ulpian. X. 5., Tacit. ann. IV. 16.

149) C. 5. C. de consul. (12. 3), §. 4. J. quib. mod. (1. 12), nov. 81.

1) Gaius I. 142. 143. 189., Ulpian. XI. 1., fr. 1. D. de tutel. (26. 1), pr. §. 1. 2. J. de tutel. (1. 13). Die Tutel wird hier definirt als vis ac potestas in capite libero. Dieses ist jedoch nicht in einem juristischen, sondern nur im natürlichen Sinne als Schutzgewalt zu

doppelte Klasse von Personen: auf Jünglinge unter vierzehn und Mädchen unter zwölf Jahren wegen ihres unreifen Alters, und auf mündige Jungfrauen und Frauen wegen ihres Geschlechts. Daneben giebt es noch einige andere Fälle der Bevormundung, welche die Römer curatio nannten. Die Lehre ist uns erst aus der Zeit der classischen Jurisprudenz bekannt. Ihr Entwicklungsgang lässt manche Dunkelheiten, und zeigt, wie die Gesetzgebung sich der hier zu lösenden Aufgabe nur nach und nach bewusst geworden ist.

550. Was nun zunächst die Tutel über Unmündige betrifft, so hielt man sich im alten Recht hinsichtlich der Person des Tutors unbedingt an das Testament des Hausvaters[2]); später aber wurde auch die testamentarische Ernennung von Seiten des Vaters, der nicht die Gewalt gehabt, oder von Seiten der Mutter in der Art berücksichtigt, dass sie von der Obrigkeit nach vorgenommener Prüfung, oder gar ohne solche, confirmirt wurde[3]). In Ermanglung eines testamentarischen Tutors kam bei einem Freigeborenen die Tutel an die Agnaten nach der Ordnung der Erbfolge, weil ihnen um ihrer selbst willen an der Erhaltung des Vermögens gelegen war[4]). Im späteren Recht ist aber auch der Mutter[5]), endlich von Justinian allen männlichen Blutsfreunden ohne Rücksicht auf Agnation, und von den weiblichen auch der Mutter und Grossmutter, eine gesetz-

---

nehmen, wie auch der Zusatz: ad tuendum eum etc. beweist. Die Behauptung von Bachofen Ausgew. Lehren S. 119., das alte Recht habe den Tutoren „die volle potestas über Person und Vermögen des Pfleglings" gegeben, ist durch jene Ausdrücke nicht zu beweisen. Zuzugeben ist nur, dass die Unterordnung unter die Familie thatsächlich und der Sitte nach weit reichte.

2) Gaius I. 144—49. 189., Ulpian. XI. 14. 15., fr. 1. D. de test. tutel. (26. 2), §. 3. 4. J. de tutel. (1. 13).

3) Fr. 1—7. D. de confirm. tut. (26.3), §. 5. J. de tutel. (1. 13).

4) Gaius I. 155. 156. 164., Ulpian. XI. 2. 3. 4., fr. 1. pr. §. 1. D. de legit. tutor. (26.4), pr. §. 1. 2. J. de legit. agnat. tut. (1. 15).

5) C. 4. C. Th. de tutor. (3. 17), nov. Theodos. tit. XI. de tutoribus, c. 2. C. quando mulier. (5. 35), nov. 94.

liche Tutel beigelegt worden[6]). Nach den Agnaten kamen im alten Recht unstreitig die Gentilen[7]). Ueber einen freigelassenen Knecht stand die Tutel nach der aus dem Recht der zwölf Tafeln gezogenen Consequenz dem Patron und dessen Kindern zu[8]). Hatte der Freilasser den Knecht blos in bonis gehabt, in welchem Falle derselbe nur ein latinus Junianus wurde, so behielt derjenige die Tutel, wobei sich das nudum ius Quiritium befand[9]). Bei der Manumission aus dem mancipium verblieb eben so die Tutel dem Manumissor, und wurde dann fiduciarische Tutel genannt[10]). War der Manumissor, wie gewöhnlich bei der Emancipation, der Vater selbst, so stand seine Tutel der gesetzlichen des Patrons an Rechten ganz gleich[11]); das Rechtsverhältniss der fiduciarischen Tutel fieng daher erst bei seinen Kindern an[12]). Endlich wenn sowohl ein testamentarischer wie ein gesetzlicher oder fiduciarischer Tutor fehlte, so konnte die Obrigkeit, wenn sie darum angegangen wurde, einen Tutor geben; jedoch gehörte dieses nicht zu den Befugnissen einer jeden Magistratur, sondern setzte eine ausdrückliche Berechtigung voraus[13]). Diese hatte für Rom nach der unstreitig schon im sechsten Jahrhundert vorhandenen lex Atilia der städtische Prätor in Verbindung mit den Tribunen[14]); in den Provinzen wurde gleiche Befug-

6) Nov. 118. c. 5.

7) Man sehe darüber Rudorff Vormundschaft I. §. 29. Dagegen aber ist Danz Rechtsgeschichte §. 118.

8) Gaius I. 165., Ulpian. XI. 3., fr. 1. pr. §. 1. fr. 3. pr. §. 1. D. de legit. tutor. (26. 4), tit. J. de legit. patron. tutel. (1. 17).

9) Gaius I. 167., Ulpian. XI. 19.

10) Gaius I. 115. 166. 195., Ulpian. XI. 5.

11) Gaius I. 172. 175., fr. 3. §. 10. D. de legit. tut. (26. 4), §. 6. J. quib. mod. (1. 12), tit. J. de legit. parent. tut. (1. 18), Theophil. I. 23. pr. (ed. Reitz. p. LXIX).

12) Gaius I. 175. So erklärt sich der tit. J. de fiduc. tut. (1. 19), Theophil. I, 19., fr. 4. D. de legit. tutor. (26. 4).

13) Fr. 6. §. 2. D. de tutel. (26. 1).

14) Davon handelt Dirksen das Atilische Gesetz (Vermischte Schriften I. 1).

niss durch die lex Julia und die lex Titia den Statthaltern beigelegt[15]). Wie es früher hiemit gehalten wurde, ist nicht klar[16]). Daneben gab es noch einige untergeordnete Fälle, wo nach dem Gerichtsgebrauch oder kraft besonderer Senatusconsulte neben oder statt des einen Tutors ein anderer gegeben werden konnte, namentlich wenn der vorhandene Tutor als verdächtig removirt oder wahnsinnig, stumm oder taub wurde[17]). Jene Gesetze hatten aber das Verhältniss sehr unvollkommen gelassen, indem sie weder dem Tutor eine Caution auferlegt noch einen Zwang zur Uebernahme der Verwaltung vorgesehen hatten. Daher schlugen die Kaiser einen anderen Weg ein und übertrugen die Bestellung der Vormünder nach einer vorzunehmenden genauen Inquisition den Consuln[18]). Später setzte M. Antoninus für die Vormundschaftsachen einen eigenen Prätor ein[19]). Das so ausgebildete Princip wurde dann auch auf die Statthalter, die Legaten der Proconsuln[20]), den Juridicus von Alexandrien[21]), den in Constantinopel für das Vormundschaftwesen eingesetzten Prätor[22]), und auf den Präfecten der Stadt[23]) ausgedehnt. Auch die Municipalmagi-

15) Livius XXXIX. 9., Gaius I. 185. 186. 187., Ulpian. XI. 18. 19., pr. §. 1. 2. J. de Atil. tut. (1. 20), Theophil. I. 20. pr. In den Provinzen bestand jenes Recht schon im siebenten Jahrhundert, Diodor. fragm. lib. XXXVI. (ed. Bipont. T. X. p. 180), Cicero in Verr. II. 1, 56.

16) Die verschiedenen Meinungen prüft Dirksen; seine eigene gewährt aber auch keine rechte Befriedigung.

17) Gaius I. 182. 183. 184., Ulpian. XI. 23. 24., fr. 17. D. de tutel. (26. 1), fr. 11. §. 1. 2. 3. D. de testam. tut. (26. 2), §. 3. J. de auctor. tut. (1. 21).

18) Sueton. Claud. 23., Capitol. Marc. 10., §. 3. J. de Atil. tut. (1. 20), Theophil. I. 20. §. 3.

19) Man sehe Buch I. Kap. XXXIII. Note 11.

20) Fr. 1. D. de tutor. (26. 5), fr. 15. D. de off. procons. (1. 16), §. 4. J. de Atil. tut. (1. 20).

21) Fr. 2. D. de off. Iurid. (1. 20), §. 5. J. de Atil. tut. (1. 20).

22) Ioan. Lydus II. 30., c. 18. C. de praed. minor. (5. 71).

23) Fr. 45. §. 3. D. de excus. (27. 1), c. 3. 4. C. Th. de tutor. (3. 17), c. 3. C. de tutor. (5. 33). §. 4. J. de Atil. tut. (1. 20).

strate[24]), und später die Defensoren[25]) erhielten jenes Recht, jedoch mit Beschränkungen. Die Befugniss, auf die Bestellung anzutragen, hatten die Verwandten, Freunde und wer sonst am Pupillen Interesse nahm; die Mutter war aber unter Verlust von Vermögensrechten, die Freigelassenen selbst unter persönlichen Strafen dazu auch verbunden[26]), was später noch auf andere Personen ausgedehnt worden ist[27]).

551. Uebrigens gab es mancherlei Gründe, welche zur Tutel unfähig machten[28]). Weiber konnten, ausser wie oben erwähnt die Mutter und Grossmutter, nicht Tutoren sein[29]); ferner nicht Pupillen, und nach Justinians Verordnung auch nicht Minderjährige[30]). Dass man noch Haussohn war, war aber kein Hinderniss[31]). Auch der latinus Junianus konnte Tutor werden[32]), nur nicht durch ein Testament[33]); ein servus aber nicht[34]). Wenn jedoch ein solcher im Testament zum Tutor ernannt worden war, so wurde dieses von der Jurisprudenz zugleich als Freilassung interpretirt[35]),

24) Fr. 3. 24. D. de tutor. (26. 5), §. 4. 5. J. de Atil. tut. (1. 20). Eine neue Quelle für dieses Recht der Magistrate ist die Lex munic. Salpens. c. 29. Man sehe dazu Mommsen Stadtrechte von Salpensa S. 437–442., Zumpt Studia Romana p. 281.

25) C. 30. C. de episc. aud. (1. 4), §. 5. J. de Atil. tut. (1. 20).

26) Fr. 2. pr. §. 1. 2. 3. D. qui petant tutor. (26. 6), c. 2–6. 8–11. C. qui petant tutor. (5. 31), nov. Theodos. tit. XI. de tutoribus.

27) Fr. 2. §. 28. D. ad SC. Tertyll. (38. 17), c. un. C. Th. qui petant (3. 18), c. 10. C. de legit. haered. (6. 58).

28) Beispiele geben fr. 1. §. 2. 3. fr. 17. D. de tutel. (26. 1), fr. 1. D. de excus. (27. 1).

29) Gaius I. 195., fr. 16. pr. fr. 18. D. de tutel. (26. 1).

30) Gaius I. 157., c. 5. C. de legit. tutor. (5. 30), §. 13. J. de excusat. (1. 25), §. 2. J. qui dari tutor. (1. 14), fr. 10. §. 7. D. de excusat. (27. 1), fr. 32. §. 2. D. de test. tut. (26. 2).

31) Fr. 7. D. de tutel. (26. 1), fr. 21. D. de admin. (26. 7), pr. J. qui dari tutor. (1. 14).

32) Fragm. Vatic. §. 193.

33) Gaius I. 23., Ulpian. XI. 16.

34) C. 7. C. qui dare tutor. (5. 34).

35) Fr. 10. §. 4. D. de test. tut. (26. 2), c. 9. C. de fideicomm. libert. (7. 4), Paul. sent. rec. IV. 13. §. 3., Theophil. I. 14. §. 1.

welche Ansicht auch Justinian mit einigen Veränderungen bestätigte[36]). Ferner gab es mancherlei Verhältnisse, die, wenn man wollte, von der Tutel excusirten[37]); ja man konnte sich von der Dativtutel ohne allen Excusationsgrund befreien, wenn man einen Tauglichern in Vorschlag zu bringen im Stande war[38]). Wer sich aber von der testamentarischen Tutel excusirte, verlor dasjenige, was ihm mit Rücksicht darauf im Testament hinterlassen war[39]).

552. Das Amt des Tutors begriff zweierlei: Autorität zu interponiren und Vermögensverwaltung[40]). Ersteres bezog sich auf juristische Handlungen, welche nach dem Rechtsformalismus der Römer der Pupill in Person vornehmen musste. Hier liess man ihn selbst sprechen, der Tutor aber stand daneben und machte dass, was jener gethan hatte, durch sein Wort vollkräftig[41]). Freilich setzte dieses voraus, dass der Pupill wenigstens die Worte fassen und nachsprechen konnte; für ein Kind unter sieben Jahren musste man daher den Tutor allein handeln und dieses auf den Mündel zurückwirken lassen[42]), was freilich nach dem Formalismus des alten Rechts mancherlei Schwierigkeiten hatte[43]). Was die Vermögensverwaltung betrifft, so

36) §. 1. J. qui dari tutor. (1. 14), c. 5. pr. C. de necess. serv. (6. 27). Das fr. 32. §. 2. D. de test. tut. (26. 2) scheint danach interpolirt.

37) Tit. D. de excus. tut. (27. 1), Fragm. Vatic. tit. de excusatione, tit. J. de excus. tut. (1. 25).

38) Von dieser im Justinianischen Recht verschwundenen potioris nominatio handeln die Fragm. Vatic. §. 158—67. 206—19. 242. 246., Paul. sent. rec. II. 28. 29.

39) Fr. 27. 28. §. 1. fr. 33. 35. 36. pr. D. de excus. (27. 1), fr. 28. pr. D. de test. tut. (26. 2), fr. 3. D. de iure patron. (37. 14). Die letzte Stelle hat Zimmern 1. §. 217. Note 37. ganz missverstanden.

40) Ulpian. XI. 25. 26.

41) Gaius I. 184. Darauf beziehen sich der tit. D. de auctor. et consensu tuter. (26. 8), tit. J. de auctor. tutor. (1. 21).

42) Fr. 1. §. 2. fr. 2. pr. D. de admin. (26. 7), fr. 7. D. quando ex facto (26. 9), §. 9. 10. J. de inutil. stipul. (3. 19), c. 18. §. 2. 4. C. de iure delib. (6. 30).

43) Man sehe darüber Rudorff Vormundschaft II. §. 128 — 131. 145—148.

bildete deren Grundlage das anzufertigende Inventar [44]); darüber und über das Anlegen der Gelder erschienen viele Verordnungen [45]). Im Ganzen hatte der Tutor sehr freie Hand [46]), und durfte selbst nach dem alten Recht, wenn es ihm nützlich schien, alieniren. Unter den Kaisern wurde er jedoch hierin zuerst bei Grundstücken nach einem Senatusconsult unter Severus [47]), dann auch bei anderen Sachen nach einer Constitution Constantins auf dringende Nothfälle beschränkt, und auch dann an die Zustimmung der Obrigkeit gebunden [48]). Bei Zahlungen an den Vormund wurde aber erst von Justinian die Mitwirkung der Obrigkeit vorgeschrieben [49]). Nahm ein Pupill ohne Vormund ein Rechtsgeschäft vor, so war dieses bei einem Kinde unter sieben Jahren ohne alle Wirkung [50]). Hingegen ein Mündel über sieben Jahre konnte nicht nur Andere gegen sich obligiren [51]), sondern er wurde auch durch seine Geschäfte gegen Andere wenigstens natürlich obligirt [52]), und selbst bürgerlich in so weit er dadurch bereichert war [53]). Rechtsgültig alieniren [54]) oder quittiren [55]) konnte er aber ohne

---

44) Fr. 7. pr. fr. 57. D. de admin. (26. 7).

45) Fr. 5. pr. fr. 7. 15. D. de admin. (26. 7), c. 4. C. Th. de admin. (3.19), c. 24. C. de admin. (5. 37), c. 13. C. arbitr. tut. (5. 51), nov. 72. c. 6. 7. 8.

46) Fr. 27. D. de admin. (26. 7), fr. 7. §. 3. D. pro emt. (41. 4).

47) Davon handelt gut Bachofen Das Veräusserungsverbot der oratio Severi (Ausgew. Lehren S. 119—170).

48) Fr. 1. 3. §. 4. 5. 6. fr. 4. 5. pr. §. 1. D. de reb. eor. (27. 9), c. 13. C. de praed. (5. 71), c. 22. C. de admin. (5. 37).

49) Theophil. II. 8. §. 2., c. 25. 27. C. de admin. (5. 37).

50) Gaius III. 106. 109.

51) Gaius II. 83. 84. III. 107.

52) Fr. 5. pr. §. 1. D. de autor. tut. (26. 8), fr. 13. §. 1. fr. 14. D. de cond. indeb. (12. 6), fr. 3. pr. D. commod. (13. 6).

53) Fr. 21. pr. D. ad l. Falcid. (35. 2), fr. 25. §. 1. D. quando dies (36. 2), fr. 1. §. 1. D. de novat. (46. 2), fr. 42. pr. D. de iureiur. (42. 2). Widersprechend äussern sich jedoch fr. 41. D. de cond. indeb. (12. 6), fr. 59. D. de oblig. (44. 7).

54) Gaius II. 80. 82., Ulpian. XI. 27., §. 2. J. quib. alien. (2. 8).

55) Cicero Topic. 11., Gaius II. 84., Theophil. II. 8. §. 2.

den Tutor nicht. Stand die Tutel mehreren Personen, zum Beispiel gleichberechtigten Agnaten zu [56]), so mussten solche mit einander gerirenden Contutoren, wenn sie gesetzliche oder obrigkeitliche des alten Systems waren, auch sämmtlich zum Autoriren mitwirken [57]), bis dass Justinian dieses änderte [58]). Doch konnte von mehreren Contutoren Einer auch keine Verwaltung haben, sondern blos ein Honorartutor sein [59]). Mit der Erziehung des Mündels hatte aber der Tutor unmittelbar nichts zu thun, sondern darüber entschied erforderlichen Falls die Obrigkeit [60]).

553. Während der Vormundschaft war der Tutor nur in so fern beaufsichtigt, dass er nach dem schon in den zwölf Tafeln ausgesprochenen Grundsatze von Jedem, dem dazu Ursachen vorhanden schienen, als verdächtig accusirt und bei gegründeten Beschwerden von der Obrigkeit removirt werden konnte [61]). Dasselbe konnte diese aber auch von Amtswegen thun [62]). Nach beendigter Tutel musste aber der Vormund eine genaue Rechnung ablegen, und er konnte nun wegen Allem, was er wider sein Amt gethan oder versäumt hatte, mit der actio tutelae belangt werden [63]). Im Fall einer Unterschlagung fand noch eine besondere aus den zwölf Tafeln herrührende [64]) Pönalklage aufs Doppelte statt [65]). Auch war durch Satisdationen [66]) und andere sub-

56) Gaius I. 164., §. 7. J. de capit. demin. (1. 16).

57) Cicero pro Flacco 34., Ulpian XI. 26., fr. 4. 7. §. 1. D. de author. (26. 8).

58) C. 5. C. de auctor. praest. (5. 59).

59) Fr. 60. §. 2. D. de ritu nupt. (23. 2), fr. 3. §. 2. D. de admin. (26. 7).

60) Fr. 1—4. D. ubi pupill. (27. 2), c. 1. 2. C. ubi pupilli (5. 49), nov. 22. c. 38.

61) Fr. 1. 2. 3. D. de suspect. tutor. (26. 10), tit. J. de suspect. tutor. (1. 26), Gaius I. 182., Ulpian. XI. 23.

62) Fr. 3. §. 4. D. de suspect. tutor. (26. 10).

63) Fr. 1. pr. §. 3. fr. 4. pr. D. de tutelae act. (27. 3), Cicero pro Rosc. Com. 6., de offic. III. 17., Gaius I. 191. IV. 62.

64) Fr. 55. §. 1. D. de admin. (26. 7).

65) Actio rationibus distrahendis, fr. 1. §. 19—24. fr. 2. D. de tutelae act. (27. 3), Paul. sent. rec. II. 30.

sidiaire Verpflichtungen[67]) für die Sicherheit des Pupillen gesorgt.

554. Die andere Art von Vormundschaft, die tutela mulierum, beruhte auf dem Gedanken, dass es bei Frauen, auch wenn sie mündig wären, sowohl für sie selbst wie für ihre Familie nützlich wäre, sie unter Vormundschaft zu halten[68]). Tutor wurde hier wie bei den Unmündigen zunächst der, welchen der Hausvater oder wem sonst die Frau durch die manus als Tochter oder Enkelin zugehört, in seinem Testamente dazu ernannt hatte[69]). Doch konnte der in der manus befindlichen Frau auch selbst die Wahl ihres Tutors testamentarisch überlassen werden[70]). In Ermanglung solcher testamentarischen Bestimmungen kam wie bei den Unmündigen die gesetzliche Tutel der Agnaten[71]), des Patrons und seiner Kinder[72]), die derselben nachgebildete Tutel des Vaters als des Manumissors[73]) und die fiduciarische Tutel[74]) zur Anwendung. Letztere bot auch in Verbindung mit der coemtio ein leichtes Mittel dar, die Person des Tutors zu wechseln[75]). Da die Tutel der Agnaten, des Patrons und des Vaters für den Tutor selbst wegen des Zusammenhangs mit seinen Vermögensrechten wichtig war[76]), so wurde sie ihm gelassen, wenn er gleich abwesend, unmündig, wahnsinnig oder sonst hand-

66) Gaius I. 199. 200., pr. §. 1. 3. J. de satisd. (1. 24), fr. 5. §. 1. D. de legit. tut. (26. 4), fr. 1. 2. 3. 4. 11. D. rem pupilli (46. 6).

67) Fr. 4. §. 3. D. de fideiuss. et nominat. (27. 7), fr. 1. 2. 3. D. de magistr. conven. (27. 8), c. 1. 3. 4. 5. C. de magistr. conven. (5. 75), §. 2. 4. J. de satisd. (1. 24).

68) Gaius I. 144. 190. 192., Ulpian. XI. 1. Das Institut erwähnt Livius XXXIV. 2., Cicero pro Murena 12.

69) Gaius I. 144—49., Fragm. Vatic. §. 229.

70) Gaius I. 150—54., Livius XXXIX. 19.

71) Gaius I. 155. 157.

72) Livius XXXIX. 9., Gaius I. 165. 175. 195., Ulpian. XI. 3.

73) Man sehe oben Note 11.

74) Man sehe oben Note 10. 12.

75) Gaius I. 114. 115. 195.

76) Gaius I. 192.

lungsunfähig war; nur konnte sich nach der Bestimmung mehrerer Senatusconsulte und der lex Iulia de maritandis ordinibus die Frau, wo sie dessen bedurfte, einen tauglichen Vormund erbitten [77]). Endlich wenn es an gesetzlichen oder fiduciarischen Tutoren fehlte, so hatte nach denselben Gesetzen, wie bei den Unmündigen, die Obrigkeit der Frau auf ihr Gesuch einen Vormund zu geben [78]). Die Tutel über die Frauen war im Ganzen lästiger wie über Unmündige, weil sie weit länger dauern konnte; daher konnte der testamentarische Tutor abdiciren [79]), und der gesetzliche die Tutel durch gerichtliche Cession einem Anderen übertragen [80]). Die Vestalischen Jungfrauen waren übrigens schon nach den zwölf Tafeln von der Tutel befreit [81]); auch wurde diese Begünstigung denen, die eine gewisse Anzahl Kinder geboren hatten, zu Theil [82]).

555. Der Zweck dieser Tutel war aber nicht die Vermögensverwaltung; diese hatte, wenigstens zur Zeit der classischen Jurisprudenz, die Frau selbst, weshalb auch hier von einer Rechnungsablage und Vormundschaftklage nicht die Rede war [83]). Der Tutor war nur zum Autoriren da [84]), und auch dieses war nicht überall nothwendig, sondern nur in den besonders bezeichneten Fällen [85]). Namentlich

77) Gaius I. 178—181. 184., Ulpian. XI. 20. 21. 22. Diese Stellen reden unstreitig von den Agnaten nur deshalb nicht mehr, weil deren Tutel damals schon abgeschafft war.

78) Livius XXXIX. 9., Ulpian. XI. 18., Gaius I. 185. 186. 187. 195.

79) Ulpian. XI. 17. Viele inneren Gründe sind dafür, die Befugniss zur Abdication blos auf die testamentarische tutela mulierum zu beziehen.

80) Gaius I. 168—172., Ulpian. XI. 6. 7. 8. 17. XIX. 11. Genauer discutirt wird dieser Rechtssatz von Rudorff Vormundschaft I. §. 28.

81) Plutarch. Numa 10., Gaius I. 145.

82) Gaius I. 145. 194. III. 44., Ulpian. XXIX. 3.

83) Gaius I. 190. 191.

84) Ulpian. XI. 25.

85) Nämlich um vor Gericht in einer legis actio oder einem legitimum iudicium aufzutreten, Gaius I. 184., Ulpian. XI. 24. 27., zur Alienation einer res mancipi, Ulpian. XI. 27., Gaius I. 192. II. 47. 80., Fragm. Vatic. §. 1., zur Vornahme eines civile negotium, Ulpian XI.

konnte einer Frau auch ohne den Vormund gültig gezahlt und von ihr ein Darlehn gemacht werden[86]). Aber auch in dieser Beschränkung behauptete sich das Institut gegen die freier werdenden Sitten nicht. Das Autoriren war schon in den Zeiten der Republik bei manchen Arten der Tutoren zu einer leeren Form geworden, indem der Vormund dazu vom Prätor gezwungen werden konnte[87]). Die Tutel der Agnaten wurde selbst unter Claudius ganz abgeschafft[88]). Eine reelle Bedeutung hatte nun nur noch die gesetzliche Tutel des Patrons und des Vaters als Manumissors; die testamentarische, die optirte, die fiduciarische und die von der Obrigkeit gegebene waren ein blosser Schatten[89]). Endlich verschwand das ganze Institut, ohne dass sich davon ein bestimmter Zeitpunkt angeben lässt[90]).

556. Neben den beiden Fällen, wo eine Tutel eintrat, gab es wie bemerkt andere, wo eine Curatel statt fand. Zunächst geschah dieses bei einem Wahnsinnigen. Dieser war schon nach den Gesetzen der zwölf Tafeln der Pflege seiner Agnaten und Gentilen unterworfen[91]); in Ermang-

27., einer in iure cessio, Fragm. Vatic. §. 45., manumissio, Ulpian. I. 17., Fragm. de manumiss. 17., acceptilatio, Gaius II. 85. III. 171., zur Eingehung einer coemtio, Cicero pro Flacco 34., Gaius I. 195., Ulpian XI. 22., zur Constituirung einer dos, Cicero pro Flacco 35., Gaius I. 178. 180., Ulpian. XI. 20. 21., überhaupt überall, wo sich die Frau rechtsgültig obligiren sollte, Cicero pro Caecina 25., Gaius I. 192. III. 91. 108., Ulpian. XI. 27.; ferner zur Antretung einer Erbschaft, Gaius I. 176., Ulpian. XI. 22., und zur Errichtung eines Testaments, wovon noch im Erbrecht die Rede sein wird.

86) Cicero Topic. 11., Gaius II. 81. 85. III. 171.

87) Cicero pro Murena 12., Gaius I. 190. II. 122.

88) Gaius I. 157. 171., Ulpian. XI. 8. Die Tutel der Agnaten über unmündige Frauen blieb aber natürlich bestehen; doch scheint dieses missverstanden worden zu sein und eine besondere Erklärung nöthig gemacht zu haben, c. 2. C. Th. de tutor. (3. 17), c. 3. C. de legit. tut. (5. 30).

89) Gaius I. 192. II. 122.

90) Die letzten sicheren Spuren sind aus der Zeit Diocletians, Fragm. Vatic. §. 325.

91) Cicero de invent. II. 50., Author ad Herenn. I. 13., Ulpian.

lung solcher wurde es üblich, dass die Obrigkeit einen Curator gab [92]). Nach einem Rescript von Marcus Aurelius musste aber, wenn der Vater im Testament einen Curator ernannt hatte, der Prätor diesen geben [93]). Ferner konnte wider einen offenbaren Verschwender, nach einem schon in den zwölf Tafeln bestätigten Gebrauch, die Interdiction ausgesprochen und sein Vermögen unter die Curatel der Agnaten gestellt werden [94]), jedoch nur dann, wenn Jener Intestaterbe seines Vaters geworden war [95]). Später wurde es aber üblich, dass wenn jenes nicht der Fall war, oder wenn der gesetzliche Curator nicht geeignet schien, die Obrigkeit einen Curator gab [96]), wo denn die Jurisprudenz auch annahm, dass wie beim Wahnsinnigen der vom Vater im Testament Gegebene von der Obrigkeit bestätigt werden müsste [97]). Autorität zu interponiren hatte der Curator der einen und der anderen Art nicht, denn dieses setzte wenigstens einen rechtsgültigen Anfang voraus, woran sich die Autorität ergänzend anschloss. Ein solcher fehlte aber bei dem Wahnsinnigen, weil dieser schlechthin [98]), bei dem erklärten Verschwender, weil dieser so weit die Interdic-

---

XII. 1. 2., Gaius II. 64. Später erhielt auch der emancipirte Bruder die Curatel, c. 5. C. de curat. (5. 70).

92) Fr. 8. §. 3. fr. 12. pr. D. de tutor. et curat. (26. 5), fr. 1. 2. 6. 13. D. de curat. (27. 10), c. 1. 7. §. 6. C. de curat. (5. 70), §. 3. 4. J. de curat. (1. 23).

93) Fr. 16. pr. D. de curat. (27. 10), c. 7. §. 5. C. de curat. (5. 70), c. 27. C. de episc. aud. (1. 4).

94) Fr. 1. pr. D. de curat. (27. 10), Ulpian. XII. 1. 2., Valer. Max. III. 5, 2. Die Formel der Interdiction zeigt Paul. sent. rec. III. 4. §. 7.

95) Ulpian. XII. 3.

96) Ulpian. XII. 3., fr. 1. 3. D. de curat. (27. 10), c. 1. C. de curat. (5. 70), §. 3. J. de curat. (1. 23).

97) Fr. 16. D. de curat. (27. 10).

98) Gaius III. 106., fr. 70. §. 4. D. de fideiuss. (46. 1), fr. 5. D. de regul. iur. (50. 17). Er konnte daher nach dem alten Recht keine Erbschaft erwerben, weil dazu ein persönliches Handeln nöthig war, fr. 63. D. de acquir. hered. (29. 2), c. 7. §. 3. C. de curat. (5. 70).

tion sich erstreckte[99]), zu juristischen Handlungen unfähig war.

557. Eine dritte Art von Curatel entstand über diejenigen, welche zwar die Pubertät erreicht hatten, allein wegen ihres jugendlichen Alters noch eines Vorstandes bedürftig schienen[100]). Zu diesem Zwecke hatte die schon im sechsten Jahrhundert zur Zeit des Plautus vorhandene lex Plätoria die Bevortheilung von Minderjährigen unter fünf und zwanzig Jahren[101]) mit peinlicher Anklage[102]), welche wie gewöhnlich auch die Infamie nach sich zog[103]), bedroht, insbesondere aber Stipulationen[104]) und Darlehn[105]) mit ihnen verboten, wenn nicht der Minderjährige sich dazu unter Angabe der Gründe von der Obrigkeit einen Curator hatte geben lassen[106]). Später versprach auch der Prätor nach Beschaffenheit der Umstände Hülfe zu gewähren[107]). Endlich verordnete Marcus Aurelius, dass jeder Minderjährige einen bleibenden Curator zur Seite haben sollte[108]). Diesen musste er sich freilich selbst von der Obrigkeit erbitten[109]), die auch nur dann wie gewöhnlich auf den etwa im Testament des Vaters Ernannten Rücksicht zu neh-

99) Fr. 6. D. de verb. obl. (45. 1), fr. 10. pr. D. de curat. (27. 10), fr. 40. D. de regul. iur. (50. 17).

100) Man sehe darüber Savigny von dem Schutz der Minderjährigen im Röm. Recht (Zeitschr. X. 232—297., Verm. Schriften II. 321—395).

101) Die Bestimmung dieses Alters bezeugt Sueton. ap. Priscian. VIII. 4., Plaut. Pseudol. I. 3. v. 69., Rudens V. 3. v. 26, c. 2. C. Th. de donat. (8. 12).

102) Cicero de nat. deor. III. 30., de offic. III. 15.

103) Lex Iulia municipalis lin. 38 (Haubold monum. p. 123).

104) Priscian. VIII. 4. XVIII. 19., Plaut. Rudens V. 3. v. 24. 25. 26.

105) Plaut. Pseudol. I. 3. v. 69. 70.

106) Dieses folgt aus Capitol. Marc. 10.

107) Fr. 1. pr. §. 1. D. de minor. (4. 4).

108) Capitol. Marc. 10., Gaius epit. I. 8.

109) Fr. 13. §. 2. D. de tutor. (26. 5), fr. 2. §. 4. 5. D. qui petant (26. 6), c. 6. C. qui petant. (5. 31), fr. 5. §. 5. D. de admin. (26. 7).

men hatte[110]); denn aufgedrungen wurde dem Minderjährigen, ausser wenn er gerichtlich zu procediren hatte, ein Curator nicht[111]). Doch gab es mehrere Gründe, die ihn indirect sich einen Curator zu erbitten nöthigten. Dazu gehörte besonders, dass seine Schuldner mit voller Sicherheit an ihn nicht ohne einen Curator zahlen konnten und daher aus eigenem Interesse ihn zur Erbittung eines solchen drängten[112]). Ferner sollte auch der abgehende Tutor den Minderjährigen dringend daran mahnen[113]), und er zahlte ihm bis dahin das, was er ihm etwa schuldig war, nicht aus. Dadurch war doch regelmässig jeder Minderjährige mit einem Curator versehen[114]). Unbedingt nothwendig war es freilich nicht; und es konnten noch immer Minderjährige vorkommen, die keine Curatoren hatten[115]); so namentlich wenn ein nur unbedeutendes Vermögen vorhanden war, oder wenn ein Minderjähriger erst nach erreichter Pubertät sui iuris wurde. Doch war dem Minderjährigen auf den Grund des oben erwähnten Senatusconsultes unter Severus die Veräusserung von Grundstücken ohne obrigkeitliches Decret untersagt[116]), und dadurch der Mangel eines Curators minder nachtheilig gemacht.

558. Die Wirkung dieser cura war, dass der Curator

110) Fr. 1. §. 3. fr. 2. §. 1. fr. 6. D. de confirm. tutor. (26. 3), fr. 3. §. 5. D. de admin. (26. 7), §. 1. J. de curat. (1. 23).

111) §. 2. J. de curat. (1. 23), c. 1. C. qui petant (5. 31), c. 11. C. qui dare (5. 34).

112) Fr. 7. §. 2. D. de minor. (4. 4).

113) Fr. 5. §. 5. fr. 33. §. 1. D. de admin. (26. 7), c. 7. C. qui petant (5. 31).

114) Fr. 1. §. 3. D. de minor. (4. 4), Ulpian. XII. 4., Dio Cass. LII. 20., pr. J. de curat. (1. 23).

115) Fr. 7. §. 2. D. de minor. (4. 4), c. 3. C. de in integr. restit. (2. 22).

116) Fr. 1. §. 2. D. de reb. eor. (27. 9), c. 2. §. 1. c. 3. C. de his qui veniam (2. 45), c. 3. C. quando decreto (5. 72), c. 3. C. si maior factus (5. 74), c. 7. 11. C. de praediis (5. 71). Die Veräusserung anderer Sachen stand ihm frei, c. 3. C. de in integr. restit. (2. 22).

das Vermögen des Minderjährigen wie ein Tutor zur Verwaltung erhielt[117]). Autoritas zu interponiren hatte er aber nicht; sondern wo sein Beistand erforderlich war, geschah es durch Ertheilung seines Consenses. Es verhielt sich also bei ihm grade umgekehrt wie bei der Geschlechtstutel; daher konnte bei einer minderjährigen Frau sowohl ein Tutor wie ein Curator vorkommen[118]). Veräusserungen ohne obrigkeitliches Decret wurden jedoch den Curatoren in dem oben erwähnten Senatusconsult unter Severus und der Constitution Constantins wie den Tutoren verboten[119]), und dieser Rechtssatz durch die Jurisprudenz auch auf den Curator eines Wahnsinnigen, dem doch die zwölf Tafeln darin volle Freiheit gelassen hatten[120]), und auf den Curator eines Interdicirten ausgedehnt[121]). Die Lage des Minderjährigen unter einem Curator war der des Interdicirten ähnlich; er konnte vom Vermögen nichts veräussern[122]). Uebrigens wurde aber seine Handlungsfähigkeit durch die cura nicht verändert; er konnte daher gültig Schulden contrahiren und daraus sowohl gleich als nach der Minderjährigkeit verklagt werden[123]). Die Satisdationen und anderen subsidiairen Verpflichtungen[124]) und die Remotion eines Verdächtigen[125]) wurden bei den drei Arten von Curatelen nach denselben Grundsätzen wie bei der Tutel behandelt. Die auf die Verwaltung bezügliche Klage war

117) Fr. 20. D. de ritu nupt. (23. 2), fr. 14. §. 7. D. de solut. (46. 3).

118) Fragm. Vatic. §. 110.

119) Fr. 1. pr. §. 1. fr. 8. §. 1. fr. 11. D. de reb. cer. (27. 9), c. 16. C. de praediis (5. 71), c. 22. C. de admin. tutor. (5. 37).

120) Gaius II. 64., fr. 56. §. 4. D. de furt. (47. 2).

121) Fr. 8. §. 1. fr. 11. D. de reb. cer. (27. 9), c. 2. C. de curat. (5. 70).

122) C. 3. C. de in integr. restit. (2. 22), fr. 6. D. de verb. obl. (45. 1).

123) Fr. 101. D. de verb. obl. (45. 1), fr. 43. D. de oblig. (44. 7)

124) Gaius I. 199. 200., fr. 4. §. 8. D. rem pupilli (46. 6), tit J. de satisd. tutor. (1. 24), c. 7. §. 4. 5. 6. C. de curat. (5. 70).

125) Fr. 3. §. 2. D. de suspect. tutor. (26. 9).

aber keine eigenthümliche, sondern die gewöhnliche wegen fremder Geschäftsführung[126]). Im Fall eines Dolus fand jedoch auch eine Klage aufs Doppelte statt[127]).

Zehntes Kapitel.

Von dem Eigenthum.

559. Das Selbstgefühl, womit nach römischer Denkart und Sitte der Hausvater die zu seinem Hauswesen gehörenden Personen als ihm schlechthin untergeben betrachtete, spricht sich auch im Verhältniss desselben zu seinem Vermögen aus. Sie fühlten sich darin als die unumschränkten Herrn, und erkannten in dem Schutz dieser Herrschaft durch die Gesetze einen Hauptvorzug des römischen Bürgers und seiner Freiheiten. Diesen Begriff und Inhalt des quiritischen Eigenthums übertrugen dann die Römer bei der allmähligen Erweiterung ihrer Herrschaft auf das Eigenthum überhaupt und haben ihn dadurch zum Gemeingut aller ihnen unterworfenen Völker gemacht. Ihre Jurisprudenz baute auf dieser Grundlage fort, und entwickelte mit der ihnen eigenthümlichen Klarheit und Schärfe alle darin liegenden Consequenzen. Durch die Verbreitung der römischen Rechtsbücher über die germanischen und slavischen Völker ist dann das römische Eigenthumssystem das Gemeingut der ganzen gebildeten Welt geworden. Wiewohl nun aus dem universalhistorichen Standpunkt auch der Dogmatismus der römischen Eigenthumslehre als Ausdruck des römischen Geistes in die römische Rechtsgeschichte gehört, so ist derselbe doch aus Gründen der Methode hier aus-

126) Fr. 4. §. 3. fr. 13. 14. D. de tutel. act. (27. 3), c. 7. C. arbitr. tutel. (5. 51).

127) Paul. sent. rec. II. 30.



zuschliessen [1]). Die Darstellung wird sich daher auf die äussere Geschichte des Institutes des Eigenthums beschränken. An diese ist aber eine Geschichte des römischen Grundeigenthums und seiner Benutzungsformen, so weit dazu Materialien vorliegen, anzuschliessen.

560. Wie jener Eigenthumsbegriff bei den Römern entstand, liegt jenseits der Grenzen unserer Geschichte [2]). Auch die Sprache giebt darüber keinen Aufschluss. Der alte bei Cicero häufig vorkommende Ausdruck dafür ist mancipium, oder die Umschreibung: res ex iure Quiritium mea est; die Bezeichnung, dominium, ist jünger [3]). Dieses quiritische Eigenthum war ursprünglich an allen unter der Herrschaft der römischen Gesetze stehenden Sachen, den

---

1) Die Erfahrung zeigt, dass wenn man die Geschichte und den Dogmatismus des römischen Eigenthums in einem kurzen Abriss verbinden will, man nichts zu Stande bringt, als eine in das trockene Institutionensystem eingeschnürte fragmentarische Rechtsgeschichte.

2) Die irrige Meinung, dass es ursprünglich am Grund und Boden kein Privateigenthum, sondern nur ein Staatseigenthum gegeben habe, ist schon oben erwähnt worden (§. 18. Note 64). Eine Urgeschichte des römischen Eigenthums versucht Ruderff Röm. Feldmesser II. 236-244. 302—304. 424—427. Der Verfasser beschreibt dort auf das Genaueste, wie die „jungen noch wilden Völker des vorrömischen Italiens" aus dem Naturzustande zum Gränzfrieden, aus dem Zustand roher Gewalt und Fehde zur Eigenthumsklage gekommen seien. Allein diese mit dem Tone der grössten Sicherheit vorgetragene Theorie beruht nur auf der willkührlichen Verknüpfung und dem Durcheinanderwerfen der ganz verschiedenen Zeiten und Beziehungen angehörenden Ausdrücke und Zeugnisse. Es hat nie einen solchen Naturzustand gegeben, und wenn dieses auch gewesen wäre, so würde man daraus in einer ganz andern Weise zur Eigenthumsklage gekommen sein. Etwas weniger willkührlich, jedoch eben so wenig bewiesen, ist die Darstellung von Lange I. 113—127.

3) Böcking Institutionen I. §. 73., Jhering Geist des röm. Rechts I. 108—111. betrachten als die Wurzel des Eigenthums die kriegerische Eroberung. Allein das Wort mancipium giebt dafür einen schwachen Anhaltpunkt. Eben so wenig kann die Formel: ex iure Quiritium beweisen, dass man den Eigenthumsbegriff erst von den Quiriten empfangen habe.

unbeweglichen wie den beweglichen, zulässig[4]); auch an dem italischen Boden, als derselbe Rom unterworfen wurde; an dem Provinzialboden aber nicht, unstreitig weil die an demselben vorkommende Grundsteuer zu dem Grundbegriff des römischen Eigenthums nicht passte[5]). Ueber die Art, wie dasselbe entstand, gab es jedoch ein etwas verwickeltes System. Zunächst war ein Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi. Zu den Ersteren gehörten folgende: Liegenschaften auf italischem Boden sowohl Grundstücke als Häuser, Servituten an ländlichen Grundstücken, Knechte, endlich Ochsen, Pferde, Maulthiere und Esel. Alle übrigen Gegenstände waren nec mancipi[6]). Dieser Unterschied war uralt[7]). Ihm zur Seite stand auch folgender Unterschied der Erwerbarten. Die res mancipi konnten durch blosse Tradition nicht veräussert und ins quiritische Eigenthum eines Anderen übertragen werden, sondern dazu war eine Mancipation oder eine in iure cessio nothwendig[8]); die Tradition allein bewirkte nur ein factisches in bonis esse, kein Eigenthum, sondern dieses blieb beim Tradirenden zurück[9]). Hingegen andere Sachen wurden vollständig schon durch blosse Tradition alienirt[10]); man konnte sie, wenn man wollte, auch in iure cediren[11]); die Mancipation war aber bei ihnen nicht anwendbar[12]).

4) Denn dass auch an den res nec mancipi ein Eigenthum ex iure Quiritium gilt, zeigt Ulpian. XXIV. 7.

5) Man sehe §. 215. Note 59. §. 239. Note 69. 70. 71.

6) Ulpian. XIX. 1., Gaius I. 120. II. 15. 16. 17., Fragm. Vatic. §. 45. 259. Res mancipi steht statt mancipii.

7) Dieses zeigen Gaius II. 47., Boethius ad Topic. 5., und die lex Cincia, welche darauf wesentliche Rücksicht nahm. Auch Cicero gedenkt des Unterschiedes mehrmal, pro Flacco 32., Topic. 5.

8) Gaius II. 22., Ulpian. XIX. 3., Cicero Topic. 5., Boethius ad Topic. 5.

9) Gaius II. 41. 204., Ulpian. I. 16.

10) Gaius II. 19. 20., Ulpian. XIX. 7.

11) Ulpian. XIX. 9., Fragm. Vatic. §. 45.

12) Ulpian. XIX. 3. Es wird zwar auch eine Mancipation an

561. Die Form der Mancipation[13]) war nach den Einrichtungen der Zeit gebildet, wo das Geld bei Zahlungen nicht zugezählt, sondern zugewogen wurde[14]). Es wurden fünf römische Bürger zugezogen, wahrscheinlich als Repräsentanten der fünf Klassen des Servius Tullius[15]), und ein sechster, welcher die Wage hielt[16]); die Kaufsumme wurde durch ein rohes Stück Erz[17]), späterhin aber durch ein As[18]) repräsentirt, und dafür nahm der Andere die Sache, welche, wenn sie eine bewegliche war, selbst zur Hand sein musste, gleichsam als gekauft hin[19]). Zuweilen wird dabei noch eine siebente Person, der Antestatus, erwähnt, dessen Bedeutung jedoch räthselhaft ist[20]). Das alte Wort für diese Rechtsform war mancipium, und unter diesem stand sie schon in den zwölf Tafeln[21]). Ein anderer dafür üblicher Ausdruck, der ebenfalls schon in den zwölf

---

Perlen erwähnt, Plinius hist. nat. IX. 58. 60 (35). Allein dieses war eine ungenaue Anwendung der alten Ferm, um der Tradition einen grösseren Anstrich von Wichtigkeit zu geben. So meint auch Puchta Institutionen II. §. 238. Note aa. Andere mehr eder weniger unbefriedigende Erklärungen versuchten Dirksen, Huschko, Böcking. Nähere Nachweisungen giebt Rein Privatrecht S. 240.

13) Ven diesem vielbesprochenen Geschäft handeln: Husohke Recht des Nexum S. 37—43. 171—212., Jhering Geist des röm. Rechts II. 564—579., H. Deiters De mancipationis indele et ambitu. Bonnae 1854., Rein Privatrecht S. 233—245.

14) Gaius I. 119—122., Ulpian. XIX. 3—6. Man vergleiche aber dazu oben §. 186.

15) Hierauf bezieht sich auch wohl der Ausdruck: classici testes, Festus v. classici.

16) Plinius hist. nat. XXXIII. 13 (3).

17) Varro de ling. lat. V. 163.

18) Festus v. rodus, Theophil. I. 12. §. 6.

19) Ueber einige Nebenpunkte sehe man Dirksen Erörterung (Sell Jahrbücher II. 65—69).

20) Gaius epit I. 6. §. 3., Priscian. lib. VIII. p. 792 Putsch., Gruter inscr. p. 1081. n. 1., Orelli inscr. T. II. n. 4358 Eine Erklärung versucht Böcking Institutionen I. §. 46. Note 19. Er hält den antestatus für eine priesterliche Person, welcher die Anderen zur Handlung aufgefordert habe. Andere Meinungen nennt Rein S. 225. 236.

21) Festus v. nuncupata, Fragm. Vatic. §. 50.

Tafeln vorkam, war nexum oder nexus[22]), eigentlich das Gattungswort für alle Geschäfte, wobei die Wage und Erz gebraucht wurde[23]). Mancipatio statt mancipium findet sich erst unter den Kaisern.

562. Die andere Form, die in iure cessio, war ebenfalls eine künstlich abgeleitete. Sie bestand darin, dass der Andere, welcher die Sache erwerben sollte, dieselbe so, als ob sie bereits die seinige wäre, vor Gericht vindicirte, und sie, weil der bisherige Eigenthümer nicht widersprach, vom Prätor addicirt erhielt[24]). Diese Form wurde auch schon in den zwölf Tafeln genannt[25]); allein später da, wo die bequemere mancipatio zulässig war, selten mehr gebraucht[26]). Sie blieb jedoch praktisch wichtig zur Uebertragung unkörperlicher Sachen, wozu die traditio niemals, und die mancipatio nur dann anwendbar war, wenn es sich um eine ländliche Servitut handelte[27]).

563. Der mancipatio und der in iure cessio zur Seite stand eine dritte wichtige alte Erwerbart, die usucapio[28]). Wenn nämlich Einer eine res mancipi vom Eigenthümer zwar rechtmässig erworben, allein blos tradirt erhalten hatte, so war sie blos factisch in seinem Vermögen; aber nach einem, oder bei Liegenschaften nach zwei Jahren hatte er nach einem in den zwölf Tafeln bestätigten Rechtssatze daran das quiritische Eigenthum erworben[29]). Er konnte sich also dann gegen Dritte durch Nachweisung

22) Festus v. nuncupata. Daher traditio nexu, Cicero Topic. 5., ius nexi, de harusp. resp. 7., mancipia quae sunt dominorum facta nexu, Paradox. V. 1.

23) Varro de ling. lat. VII. 105., Festus v. nexum, Cicero de orat. III. 40.

24) Gaius II. 24., Ulpian. XIX. 9. 10.

25) Fragm. Vatic. §. 50.

26) Gaius II. 25.

27) Gaius II. 19. 28. 29. 30., Ulpian. XIX. 11.

28) Die Literatur giebt Rein Privatrecht S. 247.

29) Gaius II. 41. 42., Cicero Topic. 4., pro Caecina 19., Boethius ad Topic. 4.

seines Erwerbtitels und des Zeitablaufes selbst vertreten, während er vorher dazu seinen Autor anrufen musste[30]).

564. Die historisch wichtige Frage aber ist, durch welche Veranlassung sich dieses verwickelte System der Erwerbarten gebildet hat. Zunächst kommt es darauf an, den gemeinschaftlichen Character der res mancipi zu bestimmen[31]). Einige erblicken darin die Beziehung zur Kriegsbeute und deren Occupation[32]). Allein es ist nicht abzusehen, warum dann nicht auch Schafe, Waffen[33]) und Kostbarkeiten dazu gehörten. Andere haben ganz richtig in den res mancipi die besondere Beziehung zum Ackerbau, also zu dem fundus, dem Bauernhof und dessen wesentlichem Zubehör erkannt. Allein dadurch ist das sich daran schliessende System der Erwerbarten noch nicht erklärt[34]). Wie kam

30) Hieraus erklärt sich der Ausdruck usus auctoritas.

31) Eine gute Uebersicht der verschiedenen Meinungen geben Danz Gesch. des röm. Rechts §. 124., Böcking Institutionen I. §. 73., Rein Privatrecht S. 240—244.

32) So auch Böcking, Puchta Institutionen II. §. 238., Jhering I. 109.

33) Böcking giebt freilich dafür die Erklärung: „Der ganze hostis wurde zum mancipium gemacht; man streifte ihm nicht die Waffen ab." Allein schwerlich wird er viele Leser finden, die ihm dieses glauben.

34) In der neuesten Zeit sind dazu mehrere Versuche gemacht worden; so von Huschke Recht des Nexum S. 9. 12. 200., Rudorff Röm. Feldmesser II. 303. 304., Lange I. 108—117. 361. Allein alle hier zu lösenden Fragen haben sie sich nicht klar gemacht. 1) Huschke sagt: „Res mancipi waren diejenigen, welche in der Sachenwelt der publicistischen (universellen) Natur der Bürger entsprachen und darum auch nur auf publicistische Weise übertragen werden konnten; nec mancipi diejenigen, die diese Natur nicht in sich ausdrückten, daher dem ius gentium angehörten und auf die diesem entsprechende Weise übertragen wurden." Allein warum entsprechen die servitutes rusticae der publicistischen Natur des Bürgers mehr als die urbanae? Warum ist die in iure cessio, ein richterlicher Act, weniger publicistischer Natur als die mancipatio? Wie passt die in iure cessio, eine quiritische Form, zu dem Satz, dass die res nec mancipi dem ius gentium angehören? — 2) Rudorff schreibt: Die alten heredia seien ursprünglich schlechthin unveräusserlich gewesen; es habe daher für sie gar keine Uebertragungsform gegeben; dann habe man „die älteste Ueber-

es, dass es, und zwar schon vor den zwölf Tafeln, zwei quiritische Formen, die mancipatio und die in iure cessio, für denselben Zweck gab? Dass die in iure cessio an allen Arten von Sachen, die mancipatio nur an res mancipi zulässig war? Dass an den res nec mancipi neben der quiritischen Form der in iure cessio die natürliche traditio doch auch quiritisches Eigenthum gab? Wie kommt es namentlich, dass die Form des alten reellen Kaufgeschäfts zu einer blossen Scheinform, dieses jedoch blos für die res mancipi, gemacht wurde, was schon vor den zwölf Tafeln geschehen war, aber nur durch einen Act absichtlicher Gesetzgebung geschehen sein kann? Alles dieses erklärt sich ganz ungezwungen durch folgende Annahme[35]). Vor Allem muss man davon ausgehen, dass das quiritische Eigenthum von jeher an allen Arten von Sachen möglich war; die Voraussetzung einer Zeit, wo dasselbe nur an den res mancipi zulässig gewesen wäre, ist eben so willkührlich als unnöthig. Ueber die Art, dasselbe zu übertragen, unterschied man in der ältesten Zeit nach der Natur der Sache zwei Fälle: den, wo mit der Veräusserung gleich die Zahlung und Uebergabe verbunden ist; und den, wo

tragung, die in iure cessio, aus dem Process herbeigezogen;" hierauf auch „die für die beweglichen Sachen (mancipi res) übliche Verkehrsform (mancipium) so gut es bei unbeweglichen, auf welche sie gar nicht passte, angieng, auf sie angewendet." Allein abgesehen von allem Anderen, woher kommt es denn, dass die für die beweglichen Sachen übliche Verkehrsform, die Mancipation, für die res nec mancipi nicht anwendbar war oder geblieben ist? — 3) In ähnlicher Weise behauptet Lange, in der patriarchalischen Zeit hätte nach der Idee der römischen Familie an den res mancipi eine Veräusserung eigentlich gar nicht Statt finden sollen; doch sei sie dem Hausvater möglich gewesen; nur habe er sich dazu der Form des mancipium bedienen müssen; der Begriff des dominium ex iure Quiritium habe sich erst in der patricischen Zeit entwickelt, und mit ihm sei auch eine neue Form, die in iure cessio, aufgekommen. Dass jedoch diese Unterscheidung von patriarchalischer und patricischer Zeit auf reiner Träumerei beruht, liegt am Tage. So meint doch auch Rein Privatrecht S. 242.

35) Durch diese von meiner früheren Hypothese abweichende Ansicht wird, wie mir scheint, das vielbesprochene Räthsel gelöst.

die Uebertragung des Eigenthums davon unabhängig, selbstständig für sich geschehen soll. Für den ersten Fall diente die damalige Form der Zahlung durch Zuwägung vor Zeugen und darauf folgende Tradition, und zwar geschah dieses nach der Natur der Sache bei allen Arten von Sachen. Für den zweiten Fall hatte man die in iure cessio, die ganz im Geist jener Zustände ist. Dass nur diese schwerfällige Form auch für geringfügige Sachen bestand, erklärt sich daher, dass solche insgemein gegen Baarzahlung von der Hand weg veräussert wurden, und daher die in iure cessio bei ihnen selten nöthig war. Bei regerem Verkehr entstand jedoch das Bedürfniss, neben jener beschwerlichen Form leichtere zu haben. Dieses wurde von Servius Tullius berücksichtigt, was ganz in den Geist seiner Einrichtungen passt[36]). Er unterschied zu diesem Zwecke zwei Arten von Sachen. Für den Bauernhof und dessen wesentlichen Zubehör, bei deren Veräusserung doch eine gewisse Förmlichkeit nützlich schien, benutzte er die gangbare Form des Verkaufes, indem er diese in eine blos symbolische Handlung ohne wirkliches Geld und ohne Tradition umwandelte, und die Zahl der Zeugen auf fünf, den fünf Klassen entsprechend, festsetzte. Für alle übrigen Sachen machte er es noch leichter, indem er jede Förmlichkeit fallen liess, und nur die traditio für wesentlich erklärte. So kam durch ihn die symbolische Form des mancipium und die Auszeichnung der res mancipi auf, und die zwölf Tafeln behielten dieses Alles bei.

565. Neben der mancipatio, iure cessio und usucapio gab es noch andere civile Erwerbarten, sowohl in Beziehung auf einzelne Sachen[37]), als auf eine ganze universitas[38]), wovon jedoch besser bei den damit zusammenhän-

36) Man sehe oben §. 36.

37) Nämlich die emtio sub corona, Varro de re rust. II. 10., die adiudicatio, lex, Ulpian. XIX. 2. 16. 17., das legatum, Gaius II. 97.

38) Nämlich bei der haereditas, der arrogatio und der manus, Gaius II. 97. 98. III. 82., und bei der sectio bonorum (Buch IV. Kap. VIII).

genden Rechtsverhältnissen gehandelt wird. Ferner hatte man neben diesen bürgerlichen Erwerbarten, welche aus dem eigenthümlichen römischen Rechte flossen, andere, welche wie die traditio schon im allgemeinen natürlichen Recht gegründet und aus diesem in das Civilrecht aufgenommen waren [39]). Eine solche Erwerbart war die Occupation an wilden Thieren, Fischen, und an der Kriegsbeute [40]). Ob die Occupation an einem unbefugten Orte geschah, darauf kam für die Eigenthumsfrage nichts an [41]); wohl aber konnte man dann persönlich belangt werden [42]). Eben so ist bei der Kriegsbeute der Erwerb an sich und das persönliche Recht zu unterscheiden [43]). Ferner gehört dahin der Erwerb an der Alluvion und an der in einem öffentlichen Flusse entstandenen Insel [44]). Doch wurde dieses bei dem limitirten Lande bezweifelt [45]) und von den Kaisern verneinend entschieden [46]). Die übrigen natürlichen Erwerbarten sind ohne historisches Interesse [47]). In allen diesen Fällen wurde unstreitig gleich das quiritische Eigen-

39) Gaius II. 65., fr. 1. pr. D. de acquir. rer. domin. (41. 1).

40) Gaius II. 66 — 69., fr. 1 — 5. D. de acquir. rer. domin. (41. 1).

41) Fr. 55. D. de acquir. rer. domin. (41. 1).

42) Fr. 16. D. de servit. praed. rust. (8. 3), fr. 13. §. 7. D. de iniur. (47. 10), §. 12. 14. J. de rer. div. (2. 1).

43) Die Beute sollte regelmässig abgeliefert und durch die Quästoren für das Aerarium verkauft werden; doch konnte sie auch der Feldherr den Soldaten zuerkennen (§. 196. 197). Der Soldat machte also die Beute als eine herrenlos gewordene Sache, wenn er sie nicht für den Staat sondern für sich occupirte, in jedem Falle zu seinem Eigenthum; allein er konnte, wenn er dieses unbedingt that, wegen Verletzung des Lagereides bestraft werden.

44) Gaius II. 70. 71. 72., fr. 7. §. 1—6. D. de acquir. rer. domin. (41. 1).

45) Aggenus in Frontin. p. 16. 17.

46) Fr. 16. D. de acquir. rer. domin. (41. 1), fr. 1. §. 6. D. de flum. (43. 12).

47) Gaius II. 73—79., fr. 7. §. 7—13. fr. 9. pr. §. 1. 2. D. de acquir. rer. domin. (41. 1).

thum erworben, und der Unterschied ob die Sache eine res mancipi oder nec mancipi war, kam hier nicht in Betracht [48]).

566. Im Laufe der Zeit traten aber in diesen Zuständen Veränderungen ein. Zunächst wurde es für den Verkehr lästig, dass derjenige, der eine res mancipi gekauft aber blos tradirt erhalten hatte, bei einer nöthig werdenden Vindication seinen Autor anrufen musste, der oft gar nicht zur Hand war. Daher wurde das in bonis zu einer Art von Eigenthum erhoben und es entstand eine doppelte Art von Eigenthum [49]), selbst so, dass dieselbe Sache bei dem Einen im quiritischen, bei dem Anderen im natürlichen Eigenthum sein konnte [50]). Letzteres begriff das ganze eigentliche Vermögensrecht; namentlich war beim getheilten Eigenthum an Knechten die Gewalt und der Erwerb auf der Seite des natürlichen Eigenthümers [51]). Zur Verfolgung seines Rechts gegen Dritte diente die vom Prätor Publicius erfundene Formel, welche durch eine Fiction die Usucapion anticipirend überhaupt Demjenigen zustand, welcher eine Sache tradirt erhalten, aber noch nicht wirklich usucapirt hatte [52]). Gegen den quiritischen Eigen-

48) Denn Gajus handelt von dem Unterschied der res mancipi und nec mancipi, des ius Quiritium und des in bonis esse, blos in Beziehung auf die Wirkungen der traditio. Die anderen natürlichen Erwerbarten scheinen also an allen Arten von Sachen das volle Eigenthum gegeben zu haben. Anderer Meinung sind jedoch Hugo, Mayer, Scheurl, Puchta, Sell, Böcking. Die Nachweisung giebt Rein Privatrecht S. 226.

49) Man sehe Mayer über das duplex dominium (Savigny Zeitschr. VIII. 1—80).

50) Gaius I. 54. II. 40. 41., Theophil. I. 5. §. 4.

51) Gaius I. 54. 167. II. 88. III. 166., Ulpian. XIX. 20.

52) Gaius IV. 36. Dazu passen freilich nicht die Worte des Edicts, wie sie im fr. 1. pr. D. de public. (6. 2) angegeben werden. Allein diese sind unstreitig nach dem späteren Recht interpolirt (Note 77). Andere, auch Mayer, ziehen hieher die formula petitoria bei Gaius IV. 91 92. Allein mehrere Stellen beweisen entschieden, dass diese das ius Quiritium voraussetzte, Cicero in Verr. II. 12., Frontin. de controv. agror. p. 44., Gaius IV. 34. 41.

thümer aber wurde der natürliche durch eine exceptio geschützt[53]).

567. Eine zweite Veränderung bildete sich aus dem prätorischen Recht[54]). Die Edicte erfanden mehrere Erwerbarten, wovon das Civilrecht nichts wusste. Diese gewährten daher kein quiritisches Eigenthum, sondern einen blossen vom Prätor geschützten Besitz; so selbst an den res nec mancipi, woran doch übrigens die blosse Tradition quiritisches Eigenthum gab. Auf jenen prätorischen Besitz bezogen sich eigenthümliche dem Civilrecht durch Fictionen nachgebildete Rechtsmittel[55]); auch führte derselbe zur Usucapion[56]). Er stand daher im Ganzen dem natürlichen Eigenthum gleich[57]), und wurde daher ebenfalls dominium genannt[58]).

568. Neue Rechtsfragen entstanden ferner in Beziehung auf die dem römischen Reiche unterworfenen Peregrinen. Diese waren freilich römisches Eigenthum zu haben unfähig[59]); doch aber wurde ihnen ein Eigenthumsrecht beigelegt[60]). Dieses konnte in einer dreifachen Richtung zur Sprache kommen. Erstlich, wenn ein Peregrine in Rom oder Italien eine Sache rechtmässig erworben und tradirt

---

53) Nämlich durch die exceptio rei venditae et traditae (Note 74) oder die exceptio doli.

54) Die wichtigsten Fälle sind die bonorum possessio und die emtio bonorum. Auch gehört dahin die zweite missio beim damnum infectum und der servus iussu Praetoris ductus, wenn sich der Herr bei der Noxalklage nicht gestellt hat (§. 474).

55) Gaius III. 32. IV. 34. 35.

56) Gaius III. 80.

57) Daher wird auch der Ausdruck in bonis dafür gebraucht, Gaius III. 80., fr. 2. §. 1. D. si ex nexali (2. 9), fr. 26. §. 6. D. de noxal. act. (9. 4).

58) Fr. 1. D. de honor. poss. (37. 1), fr. 47. D. de furt. (47. 2), fr. 7. §. 1. D. de usufr. (7. 1), fr. 15. §. 16. 17. 33. D. de damn. infect. (39. 2).

59) Ulpian. XIX. 4.

60) Gaius II. 40. Die Peregrinen ausserhalb des römischen Reichs sind hier gewiss nicht gemeint.

erhalten hatte[61]). Hiefür gewährten ihm gewiss die römischen Gerichte Schutz; durch welche Klage ist unbekannt, vielleicht vermittelst einer Fiction, die im Edicte des mit dieser Rechtspflege beauftragten Prätors verzeichnet war[62]). Die zweite Anwendung war bei den beweglichen Sachen, die ein Provinziale besass. Solche schützte das Gericht des Statthalters durch Gewährung einer Klage, die unstreitig im Provinzialedict bestimmt war[63]). Drittens fand zwar an dem Provinzialboden kein nexus und mancipium statt[64]); es entstand sogar in der Theorie die Ansicht, dass den Einzelnen daran blos ein Besitz und Benutzungsrecht, das Eigenthum aber dem römischen Volke zustehe[65]). Allein praktisch wurde dieser Besitz doch wie Eigenthum behandelt, und daher dabei von proprietas, dominium und Vindicationen gesprochen[66]). Nachdem von Caracalla alle Bewohner des römischen Reiches die Civität erhalten hatten, hörten die beiden ersten Unterscheidungen grösstentheils auf[67]); sie bestanden nur noch für die Freigelassenen, welche nur Peregrinen waren. Allein an der juristischen Qualität des Provinzialbodens wurde dadurch nichts gebessert.

569. Als Justinian seine Arbeiten unternahm, fanden sich in den Quellen noch alle diese Unterscheidungen vor. Allein das quiritische Eigenthum hatte längst keinen praktischen Werth mehr, weil auch mit dem in bonis und mit

61) Fragm. Vatic. §. 47.

62) Gaius IV. 37.

63) Cicero ad Attic. VI. 1. 12 (15).

64) Man sehe §. 239. Note 69.

65) Gaius II. 7. 21., Theophil. II. 1. §. 40., Aggenus in Frontin. p. 3. 4.

66) Fragm. Vatic. §. 283. 315. 316., Frontin. de controv. agror. p. 36.

67) Daher hat sich auch von diesem Stück des Rechtes der Peregrinen keine Spur erhalten. Man könnte zwar das fr. 23. pr. D. de rei vind. (6. 1) dahin beziehen. Allein die Erwähnung des ius gentium geht hier nicht auf die Art des Eigenthums, sondern nur auf die Natur der Erwerbart. Man vergleiche fr. 1. pr. fr. 9. §. 3. D. de acquir. rer. domin. (41. 1).

dem Eigenthum am Provinzialboden eine dingliche Klage verbunden war. Justinian hob daher das quiritische Eigenthum und alle damit zusammenhängenden Distinctionen auf, so dass jedes Eigenthum, wo es bestände, ein vollkommen juristisches sein sollte[68]). Darin lag von selbst die Aufhebung des Unterschiedes der res mancipi und nec mancipi, indem sich dieser nur auf die Erwerbarten des quiritischen Eigenthums gründete[69]). Ferner fiel damit der Unterschied zwischen italischem und Provinzialboden weg, und letzterer wurde auf ganz gleiche Stufe erhoben[70]). Auch für den Unterschied zwischen dem bürgerlichen und dem prätorischen Eigenthum war nun kein Raum mehr. Ferner hörte dadurch die Bedeutung der Mancipation und der in iure cessio auf; sie wurden durch die Tradition ersetzt[71]) und dieses Wort ihnen auch überall in den Fragmenten der Pandekten substituirt. Endlich wurde nun die alte Vindication vermittelst der petitorischen Formel[72]) mit Weglassung der auf das quiritische Recht bezüglichen Worte allgemein anwendbar[73]), und daher die Publicianische Klage als Surrogat der Eigenthumsklage unnöthig. Eben so war nun eine exceptio, die das in bonis esse gegen das nudum ius Quiritium schützte, nicht mehr denkbar; sie dauerte nur in einer anderen Weise und Richtung fort, welche sie durch die Jurisprudenz erhalten hatte[74]).

570. Etwas dem Eigenthum Analoges entstand in dem Institut der bonae fidei possessio. Wenn nämlich Einer eine Sache kraft eines rechtlichen Titels und in gutem Glauben, allein von einem Nichteigenthümer erwarb, so wurde er zwar nicht Eigenthümer derselben; allein es knüpften sich

68) C. un. C. de nudo Quirit. tollendo (7. 25).

69) C. un. C. de usucap. transform. (7. 31).

70) §. 40. J. de rer. divis. (2. 1), Theophil. II. 1. §. 40.

71) §. 40. J. de rer. divis. (2. 1), Theophil. II. 1. §. 40.

72) Man sehe oben Note 52.

73) Spuren dieser Formel finden sich im fr. 36. pr. D. de rei vind. (6. 1), fr. 178. §. 2. D. de verb. sign. (50. 16).

74) Fr. 1. 2. 3. D. de except. rei vend. et trad. (21. 3).

doch an seinen Erwerb zwei wichtige juristische Wirkungen. Erstlich wurde schon im ältesten Recht auf den Grund eines solchen Besitzes die Usucapion zugelassen und dadurch wirkliches quiritisches Eigenthum erworben; ob die Sache eine res mancipi oder nec mancipi war, machte dabei keinen Unterschied [75]). Zweitens war, nachdem von dem Prätor die Publicianische Klage erfunden war, auch dieser Fall in den Voraussetzungen derselben enthalten, und sie konnte daher von dem bonae fidei possessor schon vor vollendeter Usucapion gebraucht werden [76]). In dieser Richtung ist diese Klage selbst noch im Justinianischen Recht beibehalten [77]), während sie hier ihre andere Anwendung, nämlich auf das in bonis, verloren hat. Uebrigens wurde sie nach der Jurisprudenz auch dem gegeben, welcher in gutem Glauben an der Sache eines Dritten den prätorischen Besitz erhalten [78]), oder von dem Nichteigenthümer ein Provinzialgrundstück erworben hatte [79]); wahrscheinlich wurde sie selbst den Peregrinen gestattet, und darüber im Provinzialedict [80]) etwas bestimmt. Doch half sie in allen Fällen nur gegen denjenigen, welcher die Sache kraft eines schwächeren Titels inne hatte; der wirkliche Eigenthümer konnte sich dagegen in der Regel durch eine Einrede schützen.

571. Die Usucapion dagegen war weder auf die Peregrinen noch auf Provinzialgrundstücke anwendbar, weil jene subjectiv diese objectiv des quiritischen Eigenthums unfähig waren [81]). Daraus zeigten sich zwei Nachtheile. Der Eine

---

75) Gaius II. 43. 44., Ulpian. XIX. 8.

76) Gaius IV. 36., fr. 1. D. de Public. (6. 2).

77) Da dieses die alleinige Bedeutung ist, welche diese Klage hier hat, so ist der Gedanke begreiflich, im fr. 1. pr. D. de Public. (6. 2) die Worte: non a domino einzuschieben.

78) Fr. 6. D. de Public. (6. 2), fr. 28. D. de noxal. act. (9. 4), fr. 18. §. 15. D. de damno infecto (39. 2).

79) Fr. 12. §. 2. D. de Public. (6. 2).

80) Fr. 16. 17. D. de Public. (6. 2).

81) Gaius II. 46.

war, dass in den Provinzen selbst römische Bürger Grundstücke nicht usucapiren konnten, was die Erwerber in einer beständigen Unsicherheit erhielt. Dawider entstand, man weiss nicht wann[82]), eine Aushülfe durch den Rechtssatz, dass wer ein Grundstück in gutem Glauben und kraft eines rechtlichen Titels erworben und während einer langen Zeit besessen hätte, dadurch in allen Fällen gegen die Klage des Eigenthümers eine praescriptio oder Einrede haben sollte. Der andere Nachtheil war, dass Peregrinen nicht einmal bewegliche Sachen usucapiren konnten. Diesem wurde dadurch abgeholfen, dass kaiserliche Constitutionen jenen Rechtssatz auch auf bewegliche Sachen ausdehnten[83]), und sie bestimmten auch den Zeitraum[84]), nämlich zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes[85]). Mit der bonae fidei possessio war also jezt nach Ablauf jener Zeit eine exceptio gegen den vindicirenden Eigenthümer, und schon vor, um so mehr nach diesem Ablauf eine actio Publiciana gegen jeden Dritten verbunden. Nur gegen den Eigenthümer selbst vermochte diese nichts. Aber auch dieses änderte Justinian (528) dadurch, dass nun aus der longi temporis auch eine wahre Vindication entstehen sollte[86]). Er stellte also die Präscription und Usucapion den Wirkungen nach gleich. Doch blieben noch zwei Unterschiede. Erstlich, dass bei Immobilien die Präscription sich auf die Provinzialgrundstücke, die Usucapion sich auf die italischen Grundstücke bezog. Zweitens, dass bei Mobilien die Peregrinen nur jene lange Präscription, die Bürger die einjährige Usucapion hatten. Allein bei Immobilien war die Usucapion praktisch fast bedeutungslos, weil Italien in den Händen der Barbaren war, also italischer Boden im römi-

82) Eine Rücksicht auf longa possessio findet sich bei Frontin. de controv. agror. p. 45., Agennius de controv. p. 76.

83) Fr. 9. D. de div. tempor. praescr. (44. 3).

84) Fr. 76. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1).

85) Paul. sent. rec. V. 2. §. 3. 4. 5.

86) C. 8. pr. C. de praescr. XXX. annor. (7. 39).

schen Reiche nur noch bei den mit dem künstlichen italischen Rechte begabten Städten vorkam. Bei Mobilien war es die Präscription, weil schon seit Caracalla fast alle Einwohner des römischen Reichs Bürger waren. Daher glich endlich Justinian (531) Alles aus, indem er für das ganze Reich eine Usucapion der Immobilien in zehn oder zwanzig Jahren, der Mobilien in drei Jahren zum Gesetz machte[87]). Neben der Präscription von zehn oder zwanzig Jahren war übrigens zur Aushülfe noch eine andere von dreissig oder vierzig Jahren aufgekommen[88]), und diese wurde auch von Justinian, wenn der Besitzer in gutem Glauben an die Sache gekommen war, mit einem Klagrecht versehen[89]).

572. Historisch merkwürdig sind auch die Grundsätze des römischen Rechts über den Erwerb des Eigenthums durch einen Stellvertreter. Es galt als ausgemacht, dass man durch einen freien Menschen nicht erwerben könnte[90]), wahrscheinlich weil sich ein solcher nicht lediglich zum Werkzeug eines fremden Willens machen sollte. Hingegen erwarb man von selbst durch diejenigen, welche man kraft eines Gewaltverhältnisses unter sich hatte, weil diese nur wie Werkzeuge waren[91]). Bei den Knechten, die im getheilten Eigenthum, im redlichen Besitz oder im Ususfructus standen, gab es aber mancherlei Unterscheidungen[92]). Die obige Regel galt noch im neuen Recht; doch wurde der praktischen Bequemlichkeit halber zugelassen, dass man durch eine freie Person als Stellvertreter den

87) C. un. C. de usucap. transform. (7. 31), pr. J. de usucap. (2. 6).

88) Symmach. epist. V. 54., Procop. Vandal. I. 3., c. 2. C. Th. de long. temp. praescr. (4. 13), c. 2. 3. 4. C. de praescr. XXX. annor. (7. 39).

89) C. 8. §. 1. C. de praescr. XXX. annor. (7. 39).

90) Gaius II. 95., c. 1. C. per quas person. (4. 27).

91) Gaius II. 86. 87. 89. 90. 96., Ulpian. XIX. 18. 19., pr. §. 1. 2. 3. J. per quas person. (2. 9).

92) Gaius II. 88. 91—94. III. 164—67., Ulpian. XIX. 20. 21., §. 4. J. per quas person. (2. 9).

Besitz, und dadurch dann als Folge auch das Eigenthum erwerben konnte[93]).

573. Von den Arten, wie das Eigenthum verloren wurde, ist besonders der Verlust an den Feind von Wichtigkeit. Doch lebten an Grundstücken, Knechten und gewissen anderen Sachen, wenn sie unter die römische Herrschaft zurückkamen, die Rechte des alten Eigenthümers kraft des Postliminiums wieder auf[94]), jedoch, wenn die Sache durch einen Anderen ausgelöst worden war, nicht eher, als bis jener den Preis ersetzt hatte[95]).

574. Was die im Eigenthum enthaltenen Befugnisse betrifft, so liegt den Bestimmungen des römischen Rechts der Begriff eines vollständigen und ausschliesslichen Dispositionsrechts über die Sache zum Grunde. Es gab jedoch einzelne gesetzliche Beschränkungen, welche auf gemeinnützigen oder nachbarlichen Rücksichten beruhten. Von dieser Art sind die Vorschriften über die Entfernung[96]), Höhe[97]), Veränderung[98]) und Herstellung[99]) der Gebäude in der Stadt, die von den zwölf Tafeln bei der Anlage eines Grabmals vorgeschriebene Entfernung von sechzig

---

93) Paul. sent. rec. V. 2. §. 2., fr. 42. §. 1. D. de acquir. possess. (41. 2), c. 1. C. de acquir. possess. (7. 32), §. 5. J. per quas person. (2. 9). Die letzte Stelle leitet diesen Satz von der vorhergehenden Constitution des Severus ab. Allein er ist älter. Man sehe auch Rudorff in Savigny Zeitschr. X. 112.

94) Cicero Topic. 9., Festus v. postliminium, fr. 2. 3. 19. 20. 30. D. de captiv. (49. 15), c. 10. 12. 19. C. de postlim. (8. 51). Man sehe dazu Hase Ius postliminii S. 143—160.

95) Fr. 12. §. 7. 8. D. de captiv. (49. 15).

96) Festus v. ambitus, Varro de ling. lat. V. 22., Tacit. ann. XV. 43., fr. 14. D. de serv. praed. urb. (8. 2), c. 9. 11. 12. §. 1. 2. 3. 4. c. 13. C. de aedif. priv. (8. 10), nov. Iust. 63.

97) Strabo V. 3. §. 7. p. 235 Casaub., Sueton. Octav. 89., Tacit. ann. XV. 43., Aurel. Victor epit. 27., fr. 1. §. 17. D. de novi oper. nunc. (39. 1), c. 1. 12. §. 2. 3. c. 13. C. de aedif. priv. (8. 10).

98) C. 3. 12. §. 1. C. de aedif. priv. (8. 10).

99) Sueton. Vespas. 8., Aurel. Victor epit. 18., fr. 7. D. de off. praesid. (1. 18), fr. 46. D. de damno infect. (39. 2), c. 8. C. de aedific. priv. (8. 10).

Fuss zu den Gebäuden des Nachbarn hin [100]), die Verordnung der zwölf Tafeln wider die Vindication des in einem fremden Hause oder Weinberg verbauten Materials [101]), die Erlasse des Senates und der Kaiser wider den Verkauf von Häusern auf den Abbruch [102]) und wider das Herausbrechen der marmornen Zierrathen [103]). Ferner mussten an der Gränze die Nachbarn ihre Bäume bis auf die Höhe von fünfzehn Fuss behauen [104]), einen über ein Gebäude hinüberragenden Baum auf Verlangen selbst ganz umhauen [105]), und gegenseitig einen um den anderen Tag das Auflesen der herübergefallenen Früchte dulden [106]). Auch gab es mehrere Belästigungen des Grundeigenthums zum Vortheil der öffentlichen Aquäducte [107]) und der Wege, wenn bei dem limitirten Lande ein zum öffentlichen Wege bestimm-

---

100) Cicero de legib. II. 24., fr. 3. §. 1. D. de mortuo infer. (11. 8). Man bezieht hieher auch das fr. 13. D. fin. regund. (10. 1). Allein diese Stelle verweist nicht auf eine gesetzliche Vorschrift, sondern auf das, was etwa durch Privatübereinkunft schriftlich festgestellt wäre. Man sehe Rudorff in Savigny Zeitschr. X. 385.

101) Festus v. tignum, fr. 1. 2. D. de tigno iuncto (47. 3).

102) Darauf bezog sich das SC. Hosidianum unter Claudius (801) und für einen speciellen Fall das SC. Volusianum unter Nero (809). Einen neuen verbesserten Abdruck gab Mommsen Epigraph. Analekten 27 (Berichte der Sächs. Gesellsch. der Wissensch. 1852. S. 272—277). Gut erläutert ist das Erste von Bachofen Ausgew. Lehren S. 185—227). Andere Zeugnisse über jene Verbote geben fr. 52. D. de contr. emt. (18. 4), fr. 48. D. de damn. infect. (39. 2), c. 2. C. de aedif. priv. (8. 10).

103) Fr. 41. § 1—13. D. de legat. I. (30), c. 2. 6. 7. C. de aedif. priv. (8. 10). Genau sind beide Punkte behandelt von Dirksen Scriptores historiae Augustae S. 146—169.

104) Fr. 1. §. 7. D. de arbor. caedend. (43. 27), Paul. sent. rec. V. 6. §. 13., c. 1. C. de interd. (8. 1).

105) Fr. 1. pr. §. 1—6. D. de arbor. caedend. (43. 27).

106) Plinius hist. nat. XVI. 6 (5), fr. un. D. de glande leg. (43. 28). Ueber den Ausdruck: tertio quoque die, besteht eine grosse Controverse. Die Literatur derselben giebt Rein Privatrecht S. 220.

107) Frontin. de aquae duct. 125. 127.

ter limes auf eine Villa stiess [108]), oder über einen zum Wege unbrauchbaren Boden lief [109]).

575. Uebrigens gab es Sachen, auf welche die Grundsätze des Privateigenthums gar keine Anwendung fanden. Von dieser Art sind zunächst diejenigen, woran ihrer physischen Natur nach ein ausschliessliches Recht ganz unmöglich ist, wie die Luft, das Meer [110]). Ferner gehören dahin diejenigen, die vom Staate dem allgemeinen öffentlichen Gebrauche überlassen sind [111]). Diese waren zu diesem Zwecke durch mancherlei Interdicte geschützt; so die Benutzung der öffentlichen Plätze und Wege [112]), der öffentlichen Flüsse und Ufer [113]). Ferner gehörten dazu diejenigen Sachen, welche nach den Begriffen des göttlichen Rechts zu beurtheilen waren, die geweihten und religiösen Sachen [114]). Diesen wurden die befriedeten Sachen gleich geachtet [115]). Endlich gab es auch Sachen, die unter dem menschlichen Recht aber doch nicht im Privateigenthum standen, so die Sachen des römischen Volks, das Vermögen der Communen [116]). Alle diese Sachen [117]), die consecrirten und religiösen Orte [118]), der ager publicus [119]), die öffentli-

108) Siculus Flaccus de condic. agror. p. 158., Hyginus de condic. agror. p. 121.

109) Frontin. de controv. p. 24. 58., Agennius de controv. p. 89.

110) Fr. 2. D. de divis. rer. (1. 8), pr. §. 1. J. de rer. divis. (2. 1).

111) Fr. 2. §. 1. fr. 3. 4. 5. D. de divis. rer. (1. 8), fr. 3. 4. D. ne quid in loco publ. (43. 8), §. 2—5. J. de rer. divis. (2. 1).

112) Fr. 1. D. de locis et itiner. publ. (43. 7), fr. 1. 2. D. ne quid in loco publ. (43. 8), fr. 1. D. de via publ. (43. 11).

113) Gaius IV. 159., fr. 1. 2. 3. D. de flumin. (43. 12), fr. 1. D. ne quid in flumine (43. 13), fr. 1. D. ut in flumine (43. 14), fr. 1. D. de ripa (43. 15).

114) Gaius II. 2—7. 9., fr. 1. pr. fr. 6. §. 2. D. de divis. rer. (1. 8), §. 7. J. de rer. divis. (2. 1). Man sehe §. 159. 161. 313.

115) Man sehe Buch I. Kap. XVIII. Note 215.

116) Gaius II. 10. 11., fr. 1. pr. fr. 6. §. 1. D. de divis. rer. (1. 8), §. 6. J. de rer. divis. (2. 1).

117) Fr. 9. D. de usurpat. (41. 3).

118) Gaius II. 48., Cicero de legib. II. 24., Declam. de harusp. resp. 14., Frontin. de controv. p. 56.

chen Wege [120]), konnten natürlich auch nicht usucapirt werden.

576. Ein eigenthümliches Verhältniss bestand an der Gränze nachbarlicher Grundstücke [121]). Diese war nach einer Bestimmung der zwölf Tafeln [122]), worauf die lex Mamilia fortbaute [123]), auf eine Breite von fünf Fuss, drittehalb nach jeder Seite, der Usucapion ganz entzogen und in so weit bei entstehenden Streitigkeiten lediglich unter die Regeln der Gränzscheidekunst gestellt. Dieses Recht wurde auch auf die Provinzen ausgedehnt und demgemäss hier bei den Gränzen die Präscription der Zeit nicht gestattet [124]). Uebrigens war aber jener Gränzraum im Privateigenthum; er wurde häufig als Fusspfad benutzt [125]), konnte aber auch bepflügt [126]) oder mit Bäumen bepflanzt werden [127]). Von dem System der Limitation war diese Bestimmung der fünf Fuss im Ganzen unabhängig. Sie kam zur Anwendung, wo eine Gränze bestand oder neu sich bildete; sowohl bei dem formlosen als bei dem vermessenen und assignirten Lande [128]); bei diesem, sowohl wenn zwei Grundstücke in dem Innern einer Centurie an einander stiessen [129]), als wenn zufällig ein Linearlimes zugleich die Privatgränze

---

119) Frontin. de controv. p. 50., Seneca epist. 79.

120) Fr. 2. D. de via publica (43. 11).

121) Davon handelt Rudorff Gränzscheidungsklage (Savigny Zeitschr. X. 355—363), Röm. Feldmesser II. 435—440.

122) Cicero de leg. I. 21.

123) Cicero de leg. I. 21., Frontin. de controv. p. 11. 12. 37. 43., Hyginus de limit. p. 169., Hyginus de gener. controv. p. 126., Siculus Flaccus de condic. agror. p. 144., Hyginus de limit. constit. p. 169., Agennius de controv. p. 66. 74., Aggenus in Frontin. p. 12.

124) Hierauf beruht die Constitution Valentinians von 365 in der Consultatio veteris iurisconsu. c. 9.

125) Hyginus de gener. controv. p. 126., Aggenus in Frontin. p. 12.

126) Nur in einigen Gegenden war dieses beschränkt, Siculus Flaccus de condic. agror. p. 152.

127) Siculus Flaccus de condic. agror. p. 145.

128) Frontin. de controv. p. 43., Agennius de controv. p. 74., Siculus Flaccus de condic. agror. p. 144.

129) Man sehe §. 269.

bildete. Nur wurden in diesem letzten Falle die fünf Fuss als Gränzrain sichtbar gelassen, was sonst nicht nöthig war [130]). Limiten anderer Art, die zu öffentlichen Wegen dienten [131]), gehörten aber natürlich, auch wenn sie die Gränze machten, unter einen anderen Gesichtspunkt.

577. Eine besondere Seite der römischen Eigenthumslehre bezieht sich auf die Fälle, wo ein Grundstück zum Vortheil eines anderen Grundstückes mit einer dauernden Last beschwert ist. Man nannte diese Fälle servitutes praediorum [132]), und theilte sie in servitutes praediorum urbanorum und rusticorum, je nachdem das herrschende Grundstück ein Gebäude oder ein ebener Platz ist [133]). Von beiden Arten gab es mannichfaltige Formen. Sie beruhen überall auf nachbarlichen ländlichen und städtischen Bedürfnissen, und kommen daher schon in alter Zeit vor [134]). Bei der Entwicklung der Jurisprudenz kam es darauf an, sie in eine feste Theorie und mit den Grundgedanken des Eigenthums in Einklang zu bringen. Man reducirte diese Theorie auf den Begriff einer Beschränkung des Eigenthums, kraft welcher der Eigenthümer des dienenden Prädiums auf demselben etwas unterlassen oder leiden muss, was er bei unbeschränktem Eigenthum vornehmen oder verbieten könnte [135]). Ferner führte der Verkehr dazu, dass Einer an seiner Sache einem Anderen dauernde Nutzungsrechte überliess. Die Jurisprudenz fasste dieses in analoger Weise so auf, dass hier das Eigenthum zum Vortheil einer

---

130) Man sehe §. 267. Note 43. Danach ist die im Ganzen richtige Bemerkung von Rudorff in Savigny Zeitschr. X. 362., Röm. Feldmesser II. 436. zu modificiren. Auf jenen Fall bezieht sich vielleicht auch die in der Note 136. erwähnte Beschränkung.

131) Man sehe §. 267.

132) Fr. 1. D. de servit. (8. 1).

133) Fr. 2. 3. D. de servit. praed. urban. (8. 2), fr. 1. 2. D. de servit. praed. rust. (8. 3), Gaius epit. II. 1. §. 3., pr. §. 1. 2. 3. J. de servit. (2. 3).

134) Cicero pro Caecina 26., de orat. I. 38. 39.

135) Fr. 15. §. 2. D. de servit. (8. 1), fr. 6. §. 2. D. si servit. vindic. (8. 5).

Person beschränkt und ihr dienstbar sei, und hat diese Fälle servitutes personarum genannt[136]). Man nahm davon vier Formen an: ususfructus, usus, habitatio, operae servorum[137]). Alle Servituten haben das Gemeinschaftliche, dass dabei das Recht als unmittelbar gegen die Sache gerichtet zu denken ist. Daher ist die zur Verfolgung einer Servitut, oder umgekehrt zur Bestreitung einer solchen, anzustellende Klage eine in rem actio[138]).

578. Hinsichtlich der Constituirung der Servituten wiederholten sich in analoger Weise die Grundsätze, die bei der Uebertragung des Eigenthums galten, nur mit der Modification, dass dabei als unkörperlichen Sachen von einer Tradition nicht die Rede sein konnte[139]). Daraus folgte, dass Rusticalservituten, die zu den res mancipi gehörten, nur entweder durch mancipatio oder in iure cessio constituirt werden konnten, die Uebrigen aber als res nec mancipi nur durch in iure cessio[140]). Dieses Recht wurde aber in einer doppelten Richtung erweitert. Erstlich kam es wohl häufig vor, dass Einer einem Anderen eine Servitut durch Vertrag einräumte und ihn ohne mancipatio oder in iure cessio factisch in die Ausübung derselben eintreten liess. Hier lag ein ähnliches Verhältniss vor, wie wenn eine res mancipi blos tradirt worden und dadurch in das natürliche Eigenthum des Empfängers gekommen war. Die Jurisprudenz betrachtete daher die Ausübung von der einen und die Zulassung von der anderen Seite als Tradition[141]), und unter diesem Gesichtspunkt wurde für eine solche Servitut der Schutz des Prätors[142]), nämlich die Anwendung

136) Fr. 1. D. de servit. (8. 1).

137) Dig. lib. VII. tit. 1. 7. 8., inst. lib. II. tit. 4. 5.

138) Gaius IV. 3.

139) Gaius II. 19. 28., fr. 3. §. 2. D. de act. emti (19. 1).,

140) Gaius II. 29. 30. 32., Ulpian. XIX. 11., Fragm. Vatic. 45.

141) Fr. 20. D. de servit. (8. 1), fr. 1. §. 2. D. de servit. praed. rust. (8. 3), fr. 25. §. 7. D. de usufr. (7. 1), fr. 3. D. si usufr. petat. (7. 6).

142) Fragm. Vatic. §. 61., fr. 1. pr. D. quib. mod. usufr. (7. 4),

der Publicianischen Klage und der Interdicte gewonnen[143]). Zweitens entstand eine Verlegenheit, wenn man an einem Provinzialgrundstück eine Servitut bestellen wollte, indem hier weder eine mancipatio noch in iure cessio anwendbar war. Hier nahm man aber an, dass Servituten durch blosse Pactionen und Stipulationen constituirt würden[144]). Dieses Provinzialrecht erhob Justinian, der Richtung seiner Eigenthumsveränderungen folgend, zur allgemeinen Regel[145]), so dass die mancipatio und in iure cessio auch in dieser Anwendung aufhörte. Auch die Publicianische Klage ist dadurch meistens unnöthig geworden; doch ist sie noch immer für den Fall wichtig, wo Einer von einem Nichteigenthümer in gutem Glauben eine Servitut erworben hat[146]).

579. Eine andere besonders beim Ususfructus vorkommende Art der Errichtung war durch deductio, indem der Eigenthümer bei der Veräusserung der Sache an einen Anderen den Ususfructus zurückbehielt. Ein solcher Vorbehalt hatte jedoch diese Wirkung nur dann, wenn die Eigenthumsübertragung durch mancipatio oder in iure cessio geschah, wo also der Vorbehalt mit in die civilrechtliche Form des Hauptactes eingeschlossen war[147]). Bei der Tradition war er ohne Effect, selbst wenn es sich um eine res nec mancipi handelte, wo doch die Tradition zur Ueber-

---

fr. 9. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. (7. 9), fr. 1. §. 2. D. de servit. praed. rust. (8. 3).

143) Fr. 11. §. 1. de Public. (6. 2), fr. 20. D. de servit. (8. 1), fr. 16. D. si servit. vind. (8. 5), fr. 1. §. 9. D. de superfic. (43. 18), fr. 1. §. 1. 2. D. de itin. (43. 19).

144) Gaius II. 31.

145) §. 4. J. de servit. (2. 3), §. 1. J. de usufr. (2. 4), fr. 3. pr. D. de usufr. (7. 1). Die Literatur der hierüber bestehenden Controverse findet man bei Rein Privatrecht S. 335.

146) Auf diesen Fall allein ist nun auch das in der Note 143. erwähnte fr. 11. §. 1. D. de Public. (6. 2) zu beziehen, dessen Sinn ursprünglich ein anderer war.

147) Gaius II. 33., Fragm. Vatic. §. 47. 50. 51. Man sehe dazu Dirksen Vermischte Schriften I. 110.

tragung des quiritischen Eigenthums hinreichte[148]). Im Justinianischen Recht hat natürlich auch diese Beschränkung aufgehört[149]). Ferner enstanden Servituten durch Legate[150]). Vermächtnisse eines Ususfructus am ganzen Vermögen werden schon früh erwähnt[151]), und gaben Veranlassung, dass durch ein Senatusconsult der Ususfructus in einer gewissen Art auch an solchen Sachen zugelassen wurde, die durch den Gebrauch consumirt werden[152]). Noch eine Entstehungsart war die Adjudication in Theilungsklagen[153]), und die Festsetzung bei der Division und Assignation der Staatsländereien. Denn bei dieser wurden nicht nur die vorhandenen Grundgerechtigkeiten sorgfältig aufrecht erhalten[154]), sondern auch den eingeschlossenen Grundstücken in der Mitte der Centurien der Zutritt und die Wasserleitung über das nachbarliche Gebiet als Servitut beigelegt[155]). Ein Erwerb der Servituten durch Usucapion galt nicht[156]), und zwar wird eine lex Scribonia erwähnt, welche diese Usucapion aufgehoben haben soll[157]). Durch die Jurisprudenz wurde jedoch, wenigstens bei den Prädialservituten, der lange Zeit hindurch erweislich statt gefundene Gebrauch

---

148) Fragm. Vatic. §. 47.

149) Daher ist hier tradere gesetzt, wo sonst mancipare stand, Fragm. Vatic. §. 80., fr. 3. §. 1. D. de usufr. accresc. (7. 2).

150) Fr. 3. pr. fr. 6. pr. D. de usufr. (7. 1), §. 4. J. de servit. (2. 3), §. 1. J. de usufr. (2. 4).

151) Cicero pro Caecina 4., Topic. 3.

152) Ulpian. XXIV. 26. 27., fr. 1—5. D. de usufr. ear. rer. (7. 5), §. 2. J. de usufr. (2. 4).

153) Fr. 6. §. 1. D. de usufr. (7. 1), fr. 22. §. 3. D. famil. herc. (10. 2), Fragm. Vatic. §. 47.

154) Siculus Flaccus de condic. agror. p. 157., Hyginus de condic. agror. p. 120.

155) Siculus Flaccus de condic. agror. p. 146. 152.

156) Fr. 14. pr. D. de servit. (8. 1), fr. 43. §. 1. D. de acq. rer. dom. (41. 1). Dawider ist auch nicht Paul. sent. rec. I. 17. §. 2.

157) Fr. 4. §. 29. D. de usurp. (41. 3). Ueber das Alter und den Umfang dieser lex ist nichts Gewisses zu ermitteln. Man sehe darüber Unterholzner Verjährungslehre II. §. 195—197.

wie ein Rechtstitel behandelt und daraus ein Klagrecht ertheilt [158]).

Elftes Kapitel.

Geschichte des Grundeigenthums.

580. Die Zustände des Grund und Bodens haben bei den Römern mancherlei Wechsel erfahren, und dieser hat auch auf den Zustand der Personen zurückgewirkt. Doch ist dieses nicht in dem Grade wie bei den Germanen der Fall gewesen, aus einem dreifachen Grunde. Erstens weil an dem Grundbesitz nicht so ausschliesslich die höheren Freiheitsrechte hafteten. Zweitens weil der Begriff und die hohe Bedeutung der Civität die Ausbildung besonderer mit dem Grundbesitz zusammenhängender Standesunterschiede danieder hielt. Drittens weil die stufenweise Erweiterung der römischen Herrschaft dem römischen Staatsleben immer neue Mischungen zuführte. Eine Geschichte des römischen Grundbesitzes kann daher nur zwei Punkte zum Gegenstand haben: die Parcellirung des Grund und Bodens, und die Benutzungsformen desselben. Beide greifen aber mehrfach in einander.

581. Hinsichtlich des Grund und Bodens bestand seit den ältesten Zeiten der Unterschied zwischen demjenigen, der im Eigenthum des Staates und dem, der im Eigenthum der Privaten war. Letzterer erscheint an den kleinen Heredien, woran sich in Verbindung mit dem römischen Familiengeiste zunächst das Eigenthümliche des bäuerlichen Grundbesitzes entwickelte [1]). An sie schlossen sich in er-

158) Fr. 10. D. si servit. vind. (8. 5), fr. 1. §. 23. D. de aqua et aq. pluv. arc. (39. 3), fr. 5. §. 3. D. de itin. (43. 19), c. 1. 2. C. de servit. (3. 34).

1) Man sehe §. 18.

weiterten Verhältnissen die plebejischen Assignationen [2]) und die Landloose bei der Gründung der Colonien an [3]). Unstreitig fand man bei den in das römische Bürgerrecht aufgenommenen italischen Völkern ähnliche Verhältnisse parcellirten Grundbesitzes vor. Durch die Macht des Familiengeistes wurden die bäuerlichen Besitzungen vor übermässiger Zersplitterung [4]), durch die Ordnung der Intestaterbfolge und durch die zugelassene Möglichkeit von Theilungen aber auch gegen allzu grosse Anhäufung geschützt. Im Laufe der Zeit nahm allerdings der Landbau einen grösseren Zuschnitt an; doch gieng derselbe noch nicht über das Mass hinaus [5]). Die Anhäufung grossen Grundbesitzes in derselben Hand zeigte sich erst in den Provinzen in Folge des dem römischen Speculationsgeiste dort eröffneten grossen Feldes [6]), dann auch in Italien, und es wurden alsbald auch die nachtheiligen Rückwirkungen auf die Zustände der Bevölkerung sichtbar [7]). Unter den Kaisern trat Jenes in Italien wie in den Provinzen in den kolossalsten Dimensionen hervor [8]). Insbesondere sind die Senatoren und senatorischen Geschlechter als die Inhaber ungeheuerer Besitzungen in Italien und in den Provinzen zu denken [9]). Daneben gab es aber auch vielen kleinen Grundbesitz, wie schon die Vorschriften über die Gränzraine anzeigen [10]), und für das limirte Land die Assignationen bei den vielen Militärcolonien beweisen [11]). Doch lag später in den Verhältnissen etwas, welches das kleine Grundeigenthum erdrückte [12]).

---

2) Man sehe §. 36. 61.
3) Man sehe §. 217. 220.
4) Man sehe §. 200.
5) Man sehe §. 198.
6) Man sehe §. 239.
7) Man sehe §. 252.
8) Man sehe §. 344.
9) Man sehe §. 281. 372. 373.
10) Man sehe §. 576.
11) Man sehe §. 269. 316. 328.
12) Man sehe §. 423.

582. Was die Benutzungsformen des Grund und Bodens betrifft, so brauchte der Eigenthümer, wenn er nicht selbst benutzen wollte, dazu die Form der Verpachtung [13]). Diese ist jedoch für die Fälle nicht geeignet, wo der Eigenthümer der Staat oder eine öffentliche Corporation ist, indem hier dessen Interesse dahin geht, die Verpachtung auf lange Fristen zu stellen, und nicht selbst mit der Vertretung der Sache gegen Dritte behelligt zu werden, sondern diese dem Pächter selbst in die Hand zu legen. Durch die vom positiven Recht diesem gewährte in rem actio erhält dann dessen Recht einen dinglichen unmittelbar gegen das Grundstück gerichteten Charakter. Ein solches Verhältniss muss zunächst bei den possessiones am ager publicus statt gefunden haben [14]). Zu deren Schutz dienten unstreitig nicht blos Interdicte [15]), sondern auch eine eigene Klage, welche wir nicht mehr kennen [16]). Dasselbe Verhältniss trat ein an den Stücken des ager publicus [17]), an den Grundstücken der Priestercollegien [18]), und an denen der städtischen Communen [19]), die gegen einen Grundzins in Zeit- oder Erbpacht gegeben wurden. Hier hatte der Grundpächter während der Dauer seines Rechts wie ein Eigenthümer eine Klage gegen jeden Besitzer, selbst gegen die Commune [20]). Insbesondere bei den Erbzinsgütern, welche

13) Man sehe §. 198. 344.

14) Man sehe §. 18. 37. 38. 39. 182. 238. 328.

15) Insbesondere das interdictum de loco publico fruendo, Dig. XLIII. 9.

16) Niebuhr hat die auch von Savigny gebilligte Meinung aufgestellt, die Interdicte seien ursprünglich specifisch die zum Schutz der possessio am ager publicus bestimmten Klagen gewesen. Allein dieser Ansicht fehlt jeder feste Halt und dazu passt die alte Form des Interdictprocesses, wie wir sie nun kennen, in keiner Weise. Mehr über diese unfruchtbare Centroverse giebt Rein Privatrecht S. 192.

17) Man sehe §. 37. Note 4.

18) Man sehe §. 159. 300.

19) Man sehe §. 306.

20) Fr. 1. §. 1. fr. 2. 3. D. si ager vectig. (6. 3). Die Klage hiess actio vectigalis, fr. 15. §. 26. D. de damno inf. (39. 2).

später vorzugsweise Vectigaläcker genannt wurden[21]), stellte sich das Recht des Grundpächters fast wie Eigenthum dar, und es wurde unter den Juristen darüber gestritten, ob eine solche Verpachtung nicht eher ein Verkauf genannt werden sollte[22]). Der Erbzinsmann erwarb das Eigenthum an den Früchten schon durch die Separation nicht erst durch Perception[23]); das Grundstück wurde ihm als Grundbesitz angerechnet[24]); er durfte dasselbe verkaufen[25]), verpfänden[26]), vermachen[27]); er konnte Servituten-, Gränz- oder andere zum Grundeigenthum gehörende Klagen anstellen[28]); und nach seinem Tode wurde das Grundstück als Theil seines Nachlasses behandelt[29]). Immer trug jedoch das ihm und durch ihn einem Andern verliehene Recht die Bedingung der richtigen Zinszahlung in sich[30]); auch war das Grundstück des Grundzinses wegen untheilbar[31]).

583. Der Anwendung dieser Benutzungsform boten in der Kaiserzeit die grossen Grundbesitzungen des Fiscus, die zum Theil vom alten ager publicus in den Provinzen

---

21) Fr. 1. pr. D. si ager vectig. (6. 3). Früher hiessen agri vectigales auch die in Zeitpacht gegebenen Zinsgüter, Hyginus de condic. agror. p. 116. Von Beiden sind aber die Grundstücke der Privaten in den Provinzen wohl zu unterscheiden, welche von der auf ihnen ruhenden Grundsteuer auch agri vectigales genannt wurden (§. 326. Note 49). Von diesen ist hier nicht die Rede.

22) Gaius III. 145.

23) Fr. 25. §. 1. D. de usur. (22. 1).

24) Fr. 15. §. 1. D. qui satisdare (2. 8).

25) Plinius epist. VII. 18.

26) Fr. 16. §. 2. D. de pignor. act. (13. 7), fr. 31. D. de pignor. (20. 1).

27) Fr. 71. §. 5. 6. D. de legat. (30), fr. 219. D. de verb. sign. (50. 16).

28) Fr. 16. D. de servit. (8. 1), fr. 4. §. 9. D. fin. reg. (10. 1), fr. 23. §. 1. D. de aqua et aq. pluv. (39. 3).

29) Fr. 10. D. famil. herc. (10. 2).

30) Gaius III. 145., c. 1. C. de admin. rer. publ. (11. 30), fr. 31. D. de pignor. (20. 1).

31) Fr. 7. pr. D. communi divid. (10. 3).

herrührten [32]), und die der Magnaten eine Veranlassung dar. Es kam nun dafür der Ausdruck, Emphyteuse, auf [33]); das Rechtsverhältniss blieb im Wesentlichen dasselbe [34]). Nach dieser Rechtsform wurden seit Constantin besonders auch die Reichs- und Patrimonialgüter ausgeliehen [35]), und deren Natur durch Zeno genauer bestimmt [36]). Durch die dadurch festgesetzte Erblichkeit einerseits und Untheilbarkeit des Gutes andererseits war doch für die Erhaltung eines Bauernstandes einigermassen gesorgt. Eine andere sowohl bei den Reichsgütern als bei Privatbesitzungen gebrauchte Verleihungsform war der Colonat [37]).

584. Noch eine eigenthümliche Benutzungsform des Grund und Bodens war das Rechtsverhältniss der superficies [38]). Dieses bestand darin, dass der Eigenthümer eines Grundstückes die Oberfläche desselben einem Anderen zu einem bestimmten Gebrauche, namentlich um sich darauf ein Gebäude zu errichten, auf lange Zeit oder für immer gegen ein entweder ein für allemal oder jährlich zu zahlendes solarium, concedirte. Hiefür erfand das prätorische Edict, um eine Lücke des Civilrechts auszufüllen, ein eigenes Interdict und eine dingliche Klage [39]). Gewiss kam ein solches Verhältniss besonders an Grundstücken des Staates

32) Man sehe §. 328. 332.

33) C. 13. C. de praed. (5. 71).

34) Rubr. tit. D. si ager vectig. (6. 3), fr. 15. §. 1. D. qui satisd. (2. 8).

35) Gothofr. Parat. ad C. Th. X. 3. Man vergleiche dazu §. 413.

36) C. 1. 2. 3. C. de iure emphyt. (4. 66), §. 3. J. locati (3. 24). nov. 7. c. 3. 7., nov. 120. c. 1. 5. 6. 8. 11. Zwei Urkunden über die Constituirung einer emphyteusis, nämlich die Praestaria des Verleihers und die Precaria des Erbzinsmannes stehen bei Spangenberg tabulae n. 61. 62.

37) Man sehe §. 422.

38) Davon handelt Niegelewski de iure superficiario. Bonnae 1845.

39) Fr. 1. 2. D. de superfic. (43. 18), fr. 73. §. 1. fr. 74. 75. D. de rei vind. (6. 1), fr. 3. §. 7. D. uti possid. (43. 17), fr. 16. §. 2. D. de pigner. (20. 1).

oder einer Stadt vor[40]). Uebrigens ist aber über die Geschichte dieser Lehre nichts Gewisses zu ermitteln.

Zwölftes Kapitel.

Von den Obligationen und Actionen.

585. Ein anderes Gebiet des römischen Rechts begreift die Regeln, wonach der bürgerliche Verkehr mit den daraus hervorgehenden mannichfaltigen Forderungen und Schulden geordnet war. Dasselbe zeichnet sich eben so sehr durch seine Reichhaltigkeit als durch seine feine juristische Ausbildung aus. Die Jurisprudenz fand dabei einen theils auf nationalen Eigenthümlichkeiten theils auf dem ius gentium beruhenden Stoff vor, und wusste denselben vortrefflich zu verarbeiten. Das was darin dem ius gentium angehört bietet als auf der Natur der Sache beruhend der historischen Darstellung wenig dar. Für die Rechtsgeschichte bleibt hauptsächlich nur zweierlei übrig. Erstens die Betrachtung, wie das positive Recht durch die Erweiterungen des Klagsystems den fortschreitenden Bedürfnissen des Verkehrs zu genügen bemüht war. Zweitens die Darstellung der eigenthümlich römischen Vertrags- und Verkehrsformen.

586. Man muss dabei von dem Begriff der obligatio ausgehen. Der Stoff einer solchen ist nach römischer Anschauung eine persönliche Leistung, wozu Einer einem Anderen verbunden ist[1]). Ihr gegenüber steht der Begriff der solutio, und diese muss sich in einer gewissen Weise bei

40) Ein schönes Beispiel giebt eine Inschrift von 193 bei Orelli T. I. n. 39., Bruns Fontes p. 91. Erläutert ist dieselbe von Rudorff in Savigny Zeitschr. X. 219—238., Mommsen in Savigny Zeitschr. XV. 335—341.

1) Fr. 3. pr. D. de oblig. (44. 7).

jeder obligatio finden; denn wenn Einer immer ins Unbestimmte hin leistet, ohne doch solvirt zu werden, so muss man nicht sagen, er ist obligirt, sondern er dient. Damit aber Einer wirklich obligirt genannt werden könne, muss ein Zwang auf Erfüllung gegen ihn möglich sein; denn wenn er darin blos von seinem Willen abhängt, so ist er juristisch nicht gebunden, sondern frei. Möglichkeit des Zwangs geht aber hier nicht wie bei den Gewaltverhältnissen auf die Selbsthülfe, sondern auf die Mitwirkung der Obrigkeit. Diese aber ist durch das positive Recht eines jeden Staates bedingt[2]), welches festzusetzen hat, ob ein Klagrecht, eine actio in diesem Sinne[3]), statt finden solle oder nicht. Obligatio und actio gehören also so wesentlich zusammen, dass wenn ein Verhältniss Alles mit der obligatio gemein hat, nur die Klagbarkeit nicht, dabei juristisch nicht von einem Gläubiger oder Schuldner geredet werden kann[4]). Moralisch betrachtet sind aber allerdings Verhältnisse möglich, wo man auch ohne äusseres Zwangrecht den Ausdruck obligatio brauchen kann, in so fern man dabei das Gewissen des Schuldners selbst als das Zwingende betrachtet. Einen solchen Fall nannten die Römer eine naturalis obligatio, im Gegensatz der klagbaren bürgerlichen[5]). Solche natürliche Obligationen kamen ursprünglich gewiss vor Gericht nicht in Betracht. Bei der fortschreitenden Entwicklung der Jurisprudenz und der Sitten wurden ihr aber auch juristische Wirkungen beigelegt; zwar kein volles Klagrecht, doch aber die, dass der Prätor daraus Exceptionen gestattete[6]). Diesen Grundsatz haben die Juristen besonders in der Anwendung auf die Obligationen der Knechte,

2) Pr. J. de oblig. (3. 13).

3) Fr. 51. D. de oblig. (44. 7).

4) Fr. 41. D. de pecul. (15. 1), fr. 16. §. 4. D. de fideiuss. (46. 3), fr. 10. 108. D. de verb. sign. (50. 16).

5) Fr. 1. §. 1. D. de novat. (46. 2), fr. 84. §. 1. D. de reg. iur. (50. 17).

6) Fr. 19. pr. D. de cond. indeb. (12. 6), fr. 7. §. 4. D. de pact. (2. 14).

Haussöhne und Pupillen auf eine feine kunstmässige Weise durchzuführen verstanden[7]).

587. Die Leistung, warauf die obligatio gerichtet ist, muss positiver Art sein[8]). Die Verpflichtung Etwas zu unterlassen ist keine eigentliche obligatio, weil man sich, so lange man unterlässt, in einem beständigen Zustand von Erfüllung befindet, ohne doch solvirt zu werden. Dieses ist also strenge genommen ein Rechtsverhältniss eigenthümlicher Art[9]), und es ist nur der Armuth der Sprache beizumessen, wenn bei einem solchen Zustande zuweilen von einem Obligirtsein geredet wird[10]). Die eigentliche obligatio tritt hier erst ein, wenn der eingegangenen Verpflichtung zuwider gehandelt worden, indem auch erst dann eine actio, nämlich auf das Interesse oder auf die bedungene Strafe gegeben ist[11]). Alle Arten von positiven Leistungen reducirten aber die Römer auf zwei Begriffe, auf ein Geben oder ein Thun[12]). Geben heisst hier nicht jedes Ue-

7) Man sehe §. 470. 473. 541. 552.

8) Fr. 3. pr. D. de oblig. (44. 7), pr. J. de verb. obl. (3. 15).

9) Dieses sollte auch in den systematischen Werken schärfer als gewöhnlich geschieht hervorgehoben und schon im allgemeinen Theil bei der Classification der Rechtsverhältnisse bemerklich gemacht werden.

10) Fr. 13. pr. D. comm. praed. (8. 4), fr. 38. pr. D. de verb. obl. (45. 1).

11) Fr. 6. 7. D. de serv. export. (18. 7), fr. 2. §. 5. 6. fr. 85. §. 3. D. de verb. obl. (45. 1), §. 7. J. de verb. obl. (3. 15). Es ist wie bei den Delicten, wo die obligatio und actio erst entsteht, wenn die rechtswidrige Handlung wirklich begangen worden. Vorher wird man zum Beispiel nicht sagen können: die Menschen seien gegen einander obligirt, sich nicht zu bestehlen.

12) Dare, facere, fr. 18. §. 1. D. de acceptil. (46. 4), Gaius IV. 60. 131. 136., §. 1. J. de action. (4. 6). Zuweilen wird auch gesagt: dare, facere, praestare, Gaius IV. 2., fr. 13. §. 6. D. de act. emti (19. 1), fr. 3. pr. D. de oblig. (44. 7). Das praestare geht hier auf die Fälle, wo das Interesse oder eine Strafe prästirt werden muss, weil eine vertrags- oder rechtswidrige Handlung geschehen ist. Diese Distinction ist jedoch für unseren Gesichtspunkt weiter nicht erheblich, weil jedes praestare auf ein dare oder facere hinausgehen muss. Aehnlich nur etwas enger ist die Erklärung von Savigny System Th. V. Beilage XIV. Nr. XXVIII. XXIX., welcher das praestare auf die De-

berreichen einer Sache, sondern dasjenige, wo der Geber Eigenthum an der Sache hat und dieses auf den Empfänger überträgt [13]). Thun ist jede andere Thätigkeit, die nicht Geben ist. Ferner unterschieden die Römer bei den Obligationen das certum, wo der zu leistende Gegenstand vollkommen bestimmt ist, und das incertum, wo dieses fehlt [14]). Zu dem Letzteren gehörten unter anderen die unkörperlichen Sachen [15]), und die auf ein Thun oder Unterlassen gerichteten Verbindlichkeiten [16]). Doch wurden diese durch Hinzufügung einer Conventionalstrafe in ein certum umgewandelt [17]).

588. Die im ausgebildeten römischen Recht vorkommenden obligatorischen Verhältnisse führte die Jurisprudenz nach den Gründen ihrer Entstehung auf drei Klassen zurück: die aus Contracten, aus Delicten und aus verschiedenen anderen Begebenheiten [18]). Ueber die Art, wie und wann die einzelnen Verhältnisse klagbar gemacht worden, sind aber die Nachrichten sehr unvollständig. Die Klagbarkeit der gewöhnlichen Geschäfte des bürgerlichen Lebens beruhte unstreitig auf uraltem Gewohnheitsrecht; dass darüber durch positive Gesetze etwas bestimmt worden, ist etwa nur bei den formellen Contracten und bei den Delicten anzunehmen. Dieser Kreis klagbarer Verhältnisse wurde aber durch das Edict sehr erweitert, welches für

---

lietsobligationen bezieht. Anders ist die Ansicht von Rudorff in Savigny Zeitschr. XIII. 187., nach welchem das praestare auf die Sicherheitsbestellungen gehen soll. Ganz gekünstelt und schwer verständlich ist die Meinung von Huschke in Savigny Zeitschr. XIII. 251.

13) Gaius II. 204. IV. 4., fr. 75. §. 10. D. de verb. obl. (45. 1), fr. 167. D. de regul. iur. (50. 17), Theophil. III. 17. §. 3.

14) Fr. 6. D. de reb. cred. (12. 1), fr. 74. §. 1. fr. 75. pr. D. de verb. obl. (45. 1).

15) Fr. 75. §. 3. D. de verb. obl. (45. 1).

16) Fr. 68. 75. §. 7. D. de verb. obl. (45. 1).

17) Fr. 68. 71. 137. §. 7. D. de verb. obl. (45. 1)., §. 7. J. de verb. obl. (3. 15).

18) Gaius III. 88., fr. 1. 4. 5. D. de obl. et act. (44.7), §. 2. J. de obl. (3. 13).

viele Fälle, die dem Civilrecht unbekannt waren, Klagen aufstellte[19]). In ähnlicher Weise war auch die Jurisprudenz thätig, indem sie im Geiste der fortschreitenden Bildung aus dem immer mehr zum Bewusstsein kommenden natürlichen Rechte die Klagbarkeit von Ansprüchen deducirte, welche weder im Civilrecht noch in den prätorischen Edicten vorgesehen waren. Auf diesem Wege entstand namentlich der wichtige und umfassende Grundsatz, dass auf die Zurückgabe desjenigen geklagt werden könne, was einem Anderen aus einem nicht rechtmässigen Grunde oder aus Irrthum oder wegen einer nicht erfolgten Gegenleistung gezahlt oder gegeben worden[20]); desgleichen die Klagen aus mancherlei factischen Verhältnissen, welche nicht unter die benannten herkömmlichen Fälle passten, wo aber doch die Billigkeit und innere Gründe dafür sprachen, obligatorische Wirkungen anzuerkennen[21]). Die Rechtsquelle, woraus die Klagbarkeit der Obligationen floss, war also im Allgemeinen entweder das Civil- oder das prätorische Recht, und demgemäss wurden die Verbindlichkeiten in Civil- und prätorische Obligationen eingetheilt[22]). Eben darauf beruhte die Unterscheidung in Civil- und prätorische Actionen[23]). Die Civilobligationen waren ferner entweder von dem Civilrecht lediglich erfunden oder aus dem allgemei-

---

19) Fr. 11. D. praescr. verb. (19. 5). Das Nähere unten (§. 590).

20) Fr. 6. D. de condict. ob turp. caus. (12. 5), fr. 25. D. rer. amot. (25. 2), fr. 25. D. praescr. verb. (19. 5), fr. 15. pr. fr. 65. §. 4. fr. 66. D. de cond. indeb. (12. 6).

21) Beispiele sehe man unten §. 593. Note 54.

22) Fr. 1. §. 1. D. de novat. (46. 2), fr. 8. §. 4. D. de acceptil. (46. 4), §. 1. J. de oblig. (3. 13).

23) Fr. 1. §. 8. D. de pecun. const. (13. 5), fr. 25. §. 2. D. de obl. (44. 7), §. 3—13. J. de action. (4. 6). Das Wesen der actiones honorariae liegt also darin, dass dabei die Klagbarkeit durch das Edict begründet worden, nicht darin, dass das Edict die Klagformeln dafür aufgestellt hatte; denn solche waren für beide Arten der Klagen im Edicte zu finden. So bemerkt mit Recht Savigny System V. §. 213.

nen natürlichen Recht in dasselbe aufgenommen[24]). Die prätorischen Obligationen aber waren nach der Natur des prätorischen Rechts insgesammt natürlichen Ursprungs.

589. Was die Klagformen für die Obligationen betrifft, so hatten diese in der ältesten Zeit nichts Eigenthümliches, sondern man musste sich dazu der allgemeinen Processformen, der legis actio sacramento oder per iudicis postulationem bedienen[25]). Schon frühe wurde aber für die Klagen auf ein dare eine besondere Procedur eingerichtet, welche nach einer dabei vorkommenden Denuntiation die legis actio per condictionem genannt wurde[26]). Diese wurde zuerst durch die lex Silia für die Klagen auf eine certa pecunia eingeführt, und durch die lex Calpurnia auf die Klagen um das dare einer jeden certa res ausgedehnt[27]). Für die Klagen, deren Gegenstand ein facere war, blieben die beiden Formen, die legis actio sacramento und per iudicis postulationem, noch eine Zeitlang im Gebrauch.

590. Ganz anders gestaltete sich das Verhältniss, nachdem statt der legis actiones die Procedur durch Formeln eingeführt worden war. Der Prätor stellte nun auch im Edict für die im bürgerlichen Leben am häufigsten vorkommenden und schon allgemein als klagbar anerkannten Obligationen die entsprechenden Klagformeln auf; so für die Klagen aus einem commodatum, depositum und anderen Geschäften[28]). Ferner führte er auch Klagen für solche Geschäfte und Verhältnisse ein, die bisher im bürgerlichen Leben noch nicht vorgekommen waren, wobei aber das natürliche Rechtsgefühl und die Billigkeit die Klagbarkeit als nothwendig anerkannte. Hier half sich der Prätor auf

24) Fr. 5. D. de iustit. (1.1), §. 1. J. de oblig. (3. 13). Man darf sich aber diese Reception nicht wie einen formellen Act denken, sondern sie geschah unbewusst durch die Sitte; erst nach erwachter wissenschaftlicher Reflexion wurde man sich dessen bewusst.

25) Gaius IV. 13. 20.

26) Gaius IV. 12. 18., Festus v. condictio.

27) Gaius IV. 19. 20.

28) Cicero pro Rosc. Com. 8., Gaius IV. 11. 33. 46. 47.

verschiedene Art. In einigen Fällen wurde vermittelst einer Fiction, oder auch ohne eine solche blos mit Berufung auf das praktische Bedürfniss eine schon bekannte Klage auf ein verwandtes Verhältniss ausgedehnt. Dann hiess die Klage actio fictitia oder utilis im Gegensatz der actio directa oder vulgaris[29]). In anderen Fällen bezeichnete der Prätor auf den Grund vorgekommener Erfahrungen im Edicte bestimmte Thatsachen, aus welchen er jedesmal eine Klage geben würde. So entstanden die prätorischen actiones in factum[30]). Vorzüglich wichtig und umfassend war die zuerst vom Prätor C. Aquilius Gallus[31]), einem Zeitgenossen Ciceros, aufgestellte Klage wegen eines dolus[32]). Ja der Prätor konnte selbst ohne vorhergegangene Bekanntmachung im Edict unmittelbar aus einer ihm vorgetragenen Thatsache eine Klage geben[33]). Processualisch zeigte sich die Natur der prätorischen actiones in factum darin, dass in der Formel, welche der Prätor nach dem Vorbringen der Partheien dem Judex als Norm seines Verfahrens zufertigte, die behauptete Thatsache genannt und der Judex angewiesen wurde, wenn dieselbe wahr sei, schlechtweg auf die im Edicte bestimmte Summe oder in anderen Fällen auf das Interesse zu condemniren[34]). Hinge-

29) Gaius IV. 37. 38., fr. 11. 21. D. praescr. verb. (19. 5). Man sehe Savigny System V. §. 215.

30) Fr. 25. §. 1. D. de obl. et act. (44. 7), Gaius IV. 46., §. 8 —12. J. de action. (4. 6). Beispiele geben fr. 3. pr. D. de eo per quem (2. 10), fr. 1. pr. fr. 3. §. 1. D. nautae (4. 9), fr. 1. pr. D. si mensor (11. 6), fr. 7. pr. fr. 15. §. 36. fr. 17. §. 3. D. de damno infecto (39. 2).

31) Cicero de off. III. 14., de nat. deor. III. 30. Die doli exceptio hatte schon vorher Cassius erfunden. Man sehe darüber Rudorff in Savigny Zeitschr. XII. 166.

32) Fr. 1. D. de dolo malo (4. 3), fr. 16. §. 1. D. praescr. verb. (19. 5).

33) Dieses beweisen fr. 7. §. 2. D. de pact. (2. 14), fr. 16. §. 1. D. praescr. verb. (19. 5), Collat. leg. Mos. XII. 7. §. 8.

34) Gaius IV. 46. 47. 60. Die Identität der actiones in factum mit den erst durch Gajus bekannt gewordenen formulae in factum conceptae zeigt Savigny System V. §. 216. 217.

gen bei den schon im Civilrecht als klagbar anerkannten Rechtsverhältnissen wurde in der Formel erst der technische Name des Verhältnisses, dann die Behauptung des daraus nach dem Civilrecht fliessenden Anspruches angegeben, und danach der Judex zu untersuchen und zu erkennen angewiesen [35]).

591. Ein solcher Anspruch konnte auf zwiefache Art formulirt sein: entweder auf ein dare, wenn der Gegenstand darnach war, oder auf etwas Anderes. Im ersten Falle nannte man noch die Klage eine condictio [36]), wiewohl die-

35) Gaius IV. 40. 41. 43. 45. 47.

36) Gaius IV. 33. Die in dem Folgenden aufgestellte Theorie der Condictionen zur Zeit der classischen Jurisprudenz bietet ein genau an die Quellen sich anschliessendes, erschöpfendes, in sich abgerundetes und wohl zusammenhängendes System dieser vielbesprochenen Lehre. Dasselbe weicht allerdings von den darüber aufgestellten Meinungen wesentlich ab, auch von der neuesten von Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. §. 40. 41. 42., wiewohl derselbe doch in einigen Punkten darauf eingelenkt hat. Eine durchgeführte Prüfung und Widerlegung dieser Meinungen würde die Gränze dieses Buches weit übersteigen. Ich beschränke mich darauf, die Hauptpunkte, worauf es ankommt, hier im Eingang hervorzuheben. 1) Die Zulässigkeit der Condictionen ist nicht im Entstehungsgrund der Klage, sondern nur in dem Gegenstand derselben, dem dare, zu suchen. — 2) Die Condictionen bilden daher eine subsidiäre Klagform, indem sie gebraucht werden konnten, wenn auch eine benannte Klage auf ein dare gegeben war. — 3) Ihre hauptsächliche Anwendung fiel allerdings in die Klasse der obligationes ex variis figuris auf ein dare, wo es an einer benannten Klage fehlte. — 4) Es ist jedoch irrig, wenn man im System von ihnen blos bei den obligationes ex variis figuris handelt; sie gehören an die Spitze des Obligationen- und Actionenrechts. — 5) Mit jenem Irrthum steht in Verbindung, dass man die Condictionen insgemein als actiones stricti iuris ansieht. Dieses wird im Processrecht widerlegt werden. — 6) Neben der condictio certi gab es eine condictio incerti, und es handelt sich darum, diese mit dem Grundbegriff des dare in Einklang zu setzen. — 7) Neben der condictio incerti gab es eine formula incerta, actio incerta oder incerti, und es handelt sich darum eine genaue Verschiedenheit zwischen Beiden festzustellen. — 8) Neben der ausdrücklichen Versicherung, dass eine condictio auf ein dare gerichtet sei, und also nicht zur Verfolgung einer eigenen Sache gebraucht werden könne, werden doch häufig Condictionen auch zu

ser Name eigentlich nicht mehr passte, da keine Denuntiation dabei mehr vorkam[37]). Wo also eine im Civilrecht begründete Verbindlichkeit auf ein dare nachweisbar war, konnte sie mit der condictio verfolgt werden; ob sie aus einem Contracte, einem Delict oder irgend einem anderen Rechtsgrunde herrührte, darauf kam bei dieser Klage nichts an[38]). Namentlich konnte also jede civilrechtliche Verbindlichkeit auf Zahlung einer Geldsumme mit einer condictio eingeklagt werden, weil es sich dabei immer um ein dare handelt[39]). Gewöhnlich bediente man sich freilich zu diesem Zwecke der besonderen Contracts- oder Delictsklagen,

---

diesem Zwecke erwähnt. Es handelt sich also darum, auch für diese Kategorie ein bestimmtes Princip zu ermitteln.

37) Gaius II. 18. §. 15. J. de action. (4. 6), Theophil. IV. 6. §. 15.

38) Fr. 9. pr. §. 1. 2. 3. D. si certum pet. (12. 1), fr. 28. §. 4. D. de iureiur. (12. 2). Bestätigt wird dieses insbesondere durch die Scholie des Stephanus zu der ersten Stelle in Basilic. lib. XXIII. tit. 1. leg. 9. Diese Scholie, die bereits in der ersten Ausgabe angeführt worden, jedoch von Savigny ganz unbeachtet geblieben ist, enthält für die Theorie der Condictionen folgende Sätze, wodurch die gewöhnliche Meinung umgeworfen wird. 1) Das Eigenthümliche der Condictionen bestand lediglich darin, dass die Klage auf ein dare gieng; auf den Rechtsgrund, aus welchem geklagt wurde, kam nichts an. — 2) Aus einem Kaufe konnte der Käufer nicht mit einer condictio klagen, weil die Verbindlichkeit des Verkäufers nicht auf ein dare, sondern nur auf tradere und habere licere gieng. So bemerkt ausdrücklich der von Stephanus angeführte Theophilus. — 3) Eben so wenig konnte, wie derselbe Theophilus sagt, aus einer auf ein facere gerichteten Stipulation auf die Leistung der Handlung selbst eine condictio angestellt werden. — 4) Der Kläger konnte jedoch in diesem Falle sein Interesse auf eine bestimmte Summe schätzen und darauf mit einer condictio klagen.

39) So bei der Verbindlichkeit des Käufers, fr. 11. §. 2. D. de act. emti (19. 2). Auf diese Art erklärt sich, wie auch aus einem Mandat, einer negotiorum gestio, Societät, Tutel und dergleichen eine condictio möglich war, fr. 28. §. 4. D. de iureiur. (12. 2), fr. 5. D. de exc. rei iudic. (44. 2), fr. 5. D. de tutel. (27. 3). Eben deshalb war aber zur Rückforderung einer deponirten Geldsumme die condictio regelmässig nicht zulässig, weil der Kläger daran das Eigenthum nicht verloren hat, also die Zurückgabe kein dare war, fr. 8. fr. 9. §. 9. D. de reb. cred. (12. 1).

wo solche zulässig waren. Die hauptsächlichste Anwendung der Condictionen fiel daher in das Gebiet, wo aus allgemeinen Gründen eine Klage auf ein Geben oder Zurückgeben Bedürfniss war, und sie wurden auch hiefür von der Jurisprudenz vielfach benutzt[40]). Dabei wurde ihre Anwendung noch sehr erweitert. Das eigentliche dare setzt nämlich ein certum, eine bestimmte körperliche Sache voraus. Als aber die Jurisprudenz den körperlichen Sachen die Servituten und Obligationen als unkörperliche Sachen zur Seite stellte, so konnte darauf auch der Begriff von dare und die damit in Verbindung stehende Klagform angewendet werden[41]). So entstand eine condictio selbst für gewisse Arten des incertum, nämlich als Klage auf das ideale Geben oder Zurückgeben einer unkörperlichen Sache[42]). Dieser Begriff der condictio incerti wird durch alle davon vorkommenden Anwendungen bestätigt[43]). Hingegen auf

---

40) Man sehe oben Note 20.

41) Fr. 1. pr. D. de cond. tritic. (13. 3). Dass man den Begriff von dare auch auf Servituten anwandte, zeigt fr. 19. D. de serv. praed. rust. (8. 3), fr. 3. pr. D. de usufr. (7. 1).

42) Dass bei der condictio incerti selbst eine obligatio wie eine Sache Gegenstand der condictio war, tritt in der Aeusserung hervor: ipsa obligatio oder ipsa stipulatio condici poterit, fr. 7. pr. D. usufr. quemadm. cav. (7. 9), fr. 1. pr. D. de cond. sine causa (12. 7).

43) Die condictio incerti findet sich als Klage auf die Zulassung oder Bestellung einer Servitut, fr. 35. pr. D. de serv. praed. urb. (8. 2), fr. 22. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6), fr. 8. pr. D. de act. emti (19. 1), fr. 75. §. 3. D. de verb. obl. (45. 1), — auf Rückgabe einer ungültig oder sine causa eingegangenen Schuld, fr. 1. pr. fr. 3. D. de cond. sine causa (12. 7), fr. 5. §. 1. D. de act. emti (19. 1), fr. 46. pr. D. de iure dot. (23. 3), fr. 2. §. 3. 4. D. de donat. (39. 5), fr. 9. §. 1. D. de cond. causa data (12. 4), fr. 5. §. 5. D. de doli mali exc. (44. 4), fr. 12. 13. D. de novat. (46. 2), c. 1. C. de errore calc. (2. 5), — auf Rückgabe eines sine causa erlassenen Forderungsrechts, fr. 4. D. de cond. causa data (12. 4), — auf Rückgabe eines unbestimmt zu viel Gezahlten, fr. 40. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6), fr. 60. D. de legat. I. (30), — auf Bestellung oder Rückgabe einer Caution, fr. 16. §. 2. D. de minor. (4. 4), fr. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer. (7. 5), fr. 7. pr. D. usufr. quemadm. (7. 9), — auf Rückgabe eines irrigerweise übertragenen Besitzrechts, fr. 15. §. 1.

ein incertum, welches in einem facere bestand, konnte nicht mit der condictio incerti geklagt werden[44]). In diesem weiten Umfang der Condictionen blieb aber die condictio um bestimmtes baares Geld von der lex Silia her besonders ausgezeichnet[45]), und ihr wurden alle übrigen Anwendungen, auch die auf unkörperliche Sachen, unter dem Namen condictio triticaria, entgegengesetzt[46]). Uebrigens wird in einigen Stellen gesagt, alle persönlichen Klagen im Gegensatz der Vindicationen seien Condictionen genannt wor-

---

D. de cond. indeb. (12. 6). — Nur eine Stelle passt nicht zu dem hier gegebenen Begriff, fr. 19. §. 2. D. de precar. (43. 26); allein hier zeigt die Vergleichung mit fr. 2. §. 2. eod., dass nicht incerti condictione sondern incerti actione zu lesen ist. Dieses wird auch, wie schon in der ersten Auflage bemerkt war, durch Handschriften bestätigt, und ist auch anerkannt von Savigny System V. 98. 504. 594.

44) Daher wird ausdrücklich gesagt, dass aus einer stipulatio ad faciendum nicht eine condictio, sondern die actio incerti ex stipulatu anzustellen sei, pr. J. de verb. obl. (3. 15), fr. 24. D. de reb. cred. (12. 1), fr. 4. pr. D. de usur. (22. 1), Theophilus in der Scholie des Stephanus (Note 38). Anderer Meinung sind dennoch die neueren Schriftsteller über die Condictionenlehre, indem sie der condictio incerti die Richtung auf dare facere beilegen, so Gans Obligationenrecht S. 84., Zimmern Rechtsgesch. III. §. 62., G. Hasse Wesen der actio (Rhein. Museum VI. 68. 77), Savigny System V. Beilage XIV. Nr. XXXIV — XLVI., Puchta Institutionen II. §. 165. Allein dadurch macht man es unmöglich einen Unterschied zwischen der condictio und der actio ex stipulatu anzugeben. Diese Schwierigkeit ist so gross, dass Savigny und Puchta jenen Unterschied in der That läugnen, was aber mit den Quellen im Widerspruch steht. Einen Unterschied erkennt jedoch Rudorff II. §. 41.

45) Man sehe Savigny System V. Beilage XIV. Nr. XXXII. Irrig ist es übrigens, wenn man, wie G. Hasse im Rhein. Museum VI. 52 —59., die eigentliche Sphäre der condictio certi blos auf eine credita pecunia bezieht.

46) Fr. 1. pr. D. de condict. tritic. (13. 3). Savigny System V. Beilage XIV. Nr. XXXVI. XXXIX — XLII. wird durch seine irrige Grundansicht zu der Behauptung genöthigt, die actio ex stipulatu auf ein facere sei nichts Anderes als eine Anwendung der triticaria condictio gewesen. Allein die angeführte Stelle beschränkt die condictio triticaria ausdrücklich auf res, körperliche und unkörperliche.

den[47]). Allein da es aus unumstösslichen Gründen gewiss ist, dass die condictio einen beschränkteren Sinn hatte und nur eine besondere Art der persönlichen Klagen war: so ist Jenes als ein ungenauer und unbestimmter Sprachgebrauch zu betrachten[48]).

592. Die Klage auf ein dare im römischen Sinne setzt ihrem Begriffe nach voraus, dass das Eigenthum sich nicht bereits beim Kläger befindet. Eine eigene Sache konnte daher nicht mit der condictio verfolgt werden. Hievon gab es jedoch bei den gestohlenen Sachen eine Ausnahme, wovon der Grund schwerlich in dem, was die römischen Juristen als solchen angeben, sondern eher in einer processualischen Eigenthümlichkeit der alten Diebstahlklage zu suchen ist, womit vielleicht auch eine Denuntiation verbunden war[49]). An diese Anomalie hat sich nun die Jurisprudenz gehalten, und dieselbe allmählig, wiewohl nicht ohne Widerstreben[50]), auf alle Fälle ausgedehnt, wo Einer seine eigene Sache verfolgt, die der Andere aus einem Delict oder einem Delicte ähnlichen Grunde besitzt[51]).

---

47) Gaius IV. 5., fr. 25. pr. D. de oblig. (44. 7), §. 15. J. de act. (4. 6), Theoph. IV. 6. §. 15.

48) Diese Gründe sind folgende. Erstlich wird in mehreren Stellen die condictio als diejenige Klage bezeichnet, deren Gegenstand ein dare war (Note 36. 37. 38). Zweitens spricht dafür auch der historische Zusammenhang, indem die legis actio per condictionem nur für die Klage auf ein dare erfunden war. Drittens wird die Klage aus einem Kauf, Mandat, Depositum und dergleichen niemals condictio genannt, vielmehr davon ausdrücklich unterschieden, fr. 5. D. de tutel. (27. 3), fr. 5. D. de exc. rei iudic. (44. 2). Viertens wäre dann nicht abzusehen, warum die actio incerti ex stipulatu nicht condictio genannt worden wäre, was doch nie geschieht (Note 44).

49) Gaius IV. 4. 8., fr. 1. §. 1. D. de cond. trit. (13. 3), §. 14. J. de action. (4. 6).

50) Den Gang dieser Lehre zeigen sehr deutlich fr. 25. §. 1. D. de furt. (47. 2), fr. 6. D. de cond. ob turp. (12. 5), fr. 25. D. rer. amot. (25. 2).

51) Auf diesen Gesichtspunkt reduciren sich die Fälle, wo die condictio zur Rückforderung einer eigenen Sache erwähnt wird, fr. 1. §. 1. fr. 2. D. de cond. trit. (13. 3), fr. 25. 26. D. rer. amot. (25. 2),

Auch eine unkörperliche Sache, die dem Inhaber durch ein Delict entzogen war, konnte unter diesem Gesichtspunkt mit der condictio incerti verfolgt werden[52]).

593. Von der anderen Hauptgattung von civilrechtlichen Klagen, wo der Anspruch des Klägers auf etwas Anderes als ein dare gestellt war, gab es zwei Fälle, je nachdem als Gegenstand der Klage etwas genau Bestimmtes oder etwas Unbestimmtes angegeben war. Danach unterschied man eine formula certa und incerta. Die Fassung der Letzteren lautete auf quidquid ob eam rem dare facere oportet[53]). Eine solche konnte auch bei der Klage aus einem Kauf, Depositum und ähnlichen benannten Geschäften vorkommen. Ausserdem konnte sie aber auch, wie die condictio in ihrer Sphäre, für Verhältnisse benutzt werden, welche nicht unter eine der benannten Klagen passten, wo aber doch Billigkeit und innere Gründe dafür sprachen, eine Klage zuzulassen[54]). Wenn es nöthig war, wurde eine

---

fr 29. §. 1. D. de verb. obl. (45. 1), fr. 2. §. 26. D. de vi bon. rapt. (47. 8), fr. 13. §. 1. fr. 31. D. depos. (16. 3), fr. 17. §. 2. D. praescr. verb. (19. 5). Auch das fr. 4. §. 1. 2. D. de reb. cred. (12. 1) gehört unter diesen Gesichtspunkt, fr. 54. pr. §. 1. D. de furt. (47. 2). So verschwindet die Bedenklichkeit von G. Hasse im Rhein. Museum V. 66.

52) So das Pfandrecht an einer gestohlenen Sache. fr. 12. §. 2. D. de cond. furt. (13. 1), das Besitzrecht an einem mit Gewalt eingenommenen Grundstück, fr. 2. D. de cond. tritic. (13. 3), fr. 25. §. 1. D. de furt. (47. 2).

53) Gaius IV. 54. 131. 136. Dieses ist die in vielen Stellen vorkommende actio incerti, auch actio incerta, c. 22. C. de donat. (8. 54). Die neueren Schriftsteller halten insgemein diese Klagform für gleichbedeutend mit der condictio incerti, und haben dadurch die Einsicht in die Eigenthümlichkeit dieser Verhältnisse unmöglich gemacht. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. §. 41. erkennt die Unterscheidung an.

54) Die Klage hiess dann civilis incerti in factum actio, fr. 1. 2. 3. 11. 16. D. praescr. verb. (19. 5); civilis, weil sie aus der Jurisprudenz herrührte, im Gegensatz der prätorischen actio in factum, fr. 7. §. 2. D. de pact. (2. 14); incerti, weil sie nach der formula incerta gefasst war. Die Jurisprudenz stützte sich bald darauf, dass in der Handlung etwas Unerlaubtes lag, was doch kein Delict war, fr. 14. D. praescr. verb. (19. 5), fr. 55. D. de acq. rer. dom. (41. 1), fr. 50. §. 4. fr. 66. §. 4. D. de furt. (47. 2), — bald auf einen durch die Hand-

Beschreibung des Verhältnisses an die Spitze der Formel gestellt[55]). Merkwürdig ist, dass die Jurisprudenz zuweilen selbst nach der Analogie eines Falles, wofür es eine prätorische actio in factum gab, eine Klage gestattete, welche dann utilis in factum actio hiess[56]).

594. Die hier versuchte Erklärung des Wesens der Condictionen weicht von derjenigen völlig ab, welche Savigny aufgestellt hat[57]). Diese ist folgende. Erstlich geht er ebenfalls davon aus, dass die Condictionen nicht jede actio in personam, sondern nur eine besondere Klasse derselben gewesen seien. Als das Princip derselben betrachtet er aber die Voraussetzung, dass dadurch der Kläger etwas zurückfordere, was der Beklagte von ihm als ein creditum oder nach der Analogie eines solchen besitze. Allein dieser Gedanke lässt sich in den einzelnen Anwendungen nur höchst gezwungen nachweisen[58]). Auch steht ihm entgegen, dass die römischen Schriftsteller die Anwendung der Condictionen nach einem ganz anderen weit umfassenderen Gesichtspunkt bestimmen[59]). Zweitens stellt Savigny den

---

lung eines Anderen erlittenen Vermögensnachtheil, fr. 23. D. praescr. verb. (19. 5), fr. 23. §. 5. fr. 52. D. de rei vind. (6. 1), fr. 63. D. de legat. II. (31), — bald auf die Nothwendigkeit eine zu grelle Klage zu mildern, fr. 11. §. 1. D. de dolo (4. 3), fr. 1. §. 43. D. de vi (43. 16), — bald endlich auf die allgemeine Billigkeit, fr. 3. §. 14. D. ad exhib. (10. 4), fr. 31. §. 17. 22. de aedil. edict. (21. 1), fr. 15. §. 34. D. de damno inf. (39. 2). — Die Hauptanwendung fällt aber in die Lehre von den Contracten

55) C. 6. C. de transact. (2. 4). Dann hiess die Klage civilis incerti in factum praescriptis verbis actio, fr. 2. 8. 13. §. 1. fr. 15. 22. D. praescr. verb. (19. 5). Beispiele geben fr. 18. §. 2. D. famil. herc. (10. 2), fr. 28. D. de donat. (39. 5). fr. 2. §. 2. fr. 19. §. 2. D. de praescr. (43. 26). Man sehe darüber auch Savigny System V. 96—100.

56) Fr. 7. §. 1. D. de religios. (11. 7), fr. 5. §. 12. D. de his qui effud. (9. 3). Utilis in factum actio heisst aber auch die gewöhnliche actio praescriptis verbis im fr. 26. §. 3. D. de pact. dotal. (23. 4).

57) Savigny System V. §. 218—220. und Beilage XIV.

58) So besonders bei der condictio sine causa und bei der aus einem legatum per damnationem, Savigny S. 523—527. 540—542.

59) Man sehe §. 591.

nicht erweislichen Grundsatz auf, dass die Condictionen schlechthin stricti iuris actiones und mit dieser Gattung von Klagen gleichbedeutend gewesen seien, und er muss daher auch die Gleichheit der condictio und der actio ex stipulatu behaupten[60]). Dieses ist aber schon oben widerlegt worden[61]). Drittens wird Savigny durch sein Grundprincip auch zu dem unhaltbaren Satz geführt, dass aus Delicten nicht mit einer condictio habe geklagt werden können[62]). Das Resultat seiner mühsamen und gelehrten Arbeit wird daher schwerlich zu allgemeiner Anerkennung gelangen.

595. Was nun die einzelnen Obligationen betrifft, so ist hier nur von den Obligationen aus Verträgen zu handeln. Die aus Delicten sollen im Strafrecht mit erwähnt werden. Diejenigen aber, deren Entstehungsgründe weder Verträge noch Delicte sind, sind theils historisch unbedeutend, theils wird davon zerstreut an verschiedenen Stellen die Rede sein.

60) Man sehe Savigny S. 503—506. 532.

61) Man sehe Note 44. 46.

62) Savigny S. 504. 549. 567. Was hier zur Beseitigung des entgegenstehenden fr. 9. pr. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1) gesagt ist, wird schwerlich befriedigen. Auch ist gegen Savigny die Collat. leg. Mos. II. 4., wo nach Huschke augenscheinlich ut condiceret statt et cum diceret zu lesen ist. Aus diesen und anderen Gründen erklären sich gegen Savigny auch Huschke in Savigny Zeitschr. XIII. 31—33., Rudorff in Savigny Zeitschrift XIV. 369.

Dreizehntes Kapitel.

Von den Obligationen aus Verträgen.

596. An die Spitze der Lehre von den Verträgen ist die Unterscheidung der pacta und contractus zu stellen[1]). Pactum, pactio, conventio, heisst überhaupt Uebereinkunft, Vertrag im allgemeinsten Sinn[2]). Eine solche kann vielerlei zum Gegenstand haben: ein Verhältniss des öffentlichen Rechts, wie einen Friedensschluss[3]), oder des Familienrechts, wie die Eingehung einer Ehe, oder des Sachenrechts, wie die Errichtung einer Servitut[4]); ferner eine Erbtheilung[5]), die Beilegung eines Rechtsstreites, die Aufhebung einer Schuld, und Anderes. Hier ist nur von den pacta die Rede, welche Obligationen zum Gegenstand haben. Contractus sind die Verträge, wodurch zwischen zwei Personen ein juristisch obligatorisches Band, also eine klagbare obligatio erzeugt wird. Alle contractus sind also conventiones, pacta[6]), nicht aber umgekehrt. Selbst die eine obligatio zum Gegenstand habenden pacta sind nicht Alle contractus, weil nicht Alle klagbar waren. Dieses ist eine der hauptsächlichen Eigenthümlichkeiten des römischen Rechts, zu deren Erklärung man aber nicht wie gewöhnlich zu rein positiven zufälligen Aeusserlichkeiten seine Zuflucht nehmen darf.

597. Man muss dabei vor Allem im Auge haben, dass die Ausscheidung der contractus aus dem Gebiete der pacta

1) Ueber den Grund dieser Unterscheidung sind die Meinungen verschieden. Man sehe darüber Schilling Institutionen Th. III. §. 250. Die im Obigen gegebene Darstellung weicht mehr oder weniger von Allen ab.

2) Fr. 1. §. 1. 2. 3. D. de pact. (2. 14).

3) Fr. 5. D. de pact. (2. 14).

4) Gaius II. 31.

5) Fr. 35. D. de pact. (2. 14).

6) Fr. 1. §. 3. 4. fr. 7. §. 1. D. de pact. (2. 14).

sich nicht mit absichtlichem Bewusstsein, sondern wie der Sprachgebrauch allmählig nach dem Bedürfniss entwickelt hat. Demgemäss waren die im gemeinen bürgerlichen Verkehr vorkommenden Geschäfte, lange bevor es eine Jurisprudenz gab, durch den Sprachgebrauch des gemeinen Lebens ausgezeichnet, nach dem Herkommen als klagbar behandelt, und später durch das Edict mit besonderen Formeln versehen worden; so der Kauf, die Miethe, das Mandat, die Societät, die fiducia, das mutuum, commodatum, depositum, pignus. Dieses sind die contractus der natürlichen Formation [7]). Sie haben das Gemeinschaftliche, dass Jeder dabei in seinem und des Anderen Vermögens- oder persönlichen Interesse mehr oder weniger Etwas zu leisten hat. Davon unterschied man schon in alten Zeiten [8]) scharfsinnig den Fall, wo sich Einer dem Anderen zu irgend Etwas obligirt, ohne dass in dem Geschäft von einer Gegenleistung desselben die Rede ist. Ein solcher Vertrag war möglich; nur verlangte man dazu, um der ernstlichen Absicht des Gelobenden gewiss zu sein, eine auf dem nationalen Rechtsgebrauch beruhende eigenthümliche Contractsform durch Worte, die Stipulation. Ohne diese war der Vertrag kein klagbarer contractus, sondern ein nudum pactum [9]). Das Charakteristische der Stipulation besteht also in der Einseitigkeit der dadurch begründeten obligatorischen Leistung [10]). Uebrigens konnte aber jedes

---

7) Cicero de off. III. 17., pro Rosc. Com. 8., fr. 1. §. 4. fr. 7. pr. §. 1. D. de pact. (2. 14), fr. 1. pr. fr. 2. 3. D. praescr. verb. (19. 5). Doch konnte davon auch der allgemeine Ausdruck conventio, pactum, gebraucht werden; zum Beispiel pactum conventum societatis, fr. 71. pr. D. pro socio (17. 2).

8) Wenn man diese Unterscheidung für die alten Zeiten zu fein finden will, so bemerke man, dass auch bei den Germanen in dem fidem facere der lex Salica und in dem Gelöbniss des Sachsenspiegels genau dasselbe vorkommt. Man sehe meine Deutsche Rechtsgesch. Th. II. §. 564.

9) Paul. sent. rec. II. 14. §. 1. II. 22. §. 2.

10) Gaius III. 137., Theophil. III. 22. Es ist daher ganz wider

Geschäft, dessen Inhalt sich auf etwas Einseitiges reduciren liess[11]), den Stoff zu einer Stipulation abgeben. Auf gleiche Art verhielt es sich bei dem Literalcontract, wo durch eine gewisse Art von Scriptur Einer einem Anderen zu einer Zahlung obligirt wurde.

598. Mit der Klagbarkeit dieser Contracte verhielt es sich auf folgende Art. Vier Arten derselben, der Kauf, die Miethe, die Societät und das Mandat sind so beschaffen, dass das Geschäft in der That fertig ist, sobald die Contrahenten einig sind. Hier entsteht also die Contractsobligation aus dem blossen Consens[12]). Hingegen bei dem mutuum, dem commodatum, dem depositum, dem pignus und der fiducia nimmt nach der Natur dieser Verhältnisse das Geschäft erst dann seinen Anfang, wenn die Sache dem Anderen wirklich übergeben ist; früher ist nur eine auf das Geschäft gerichtete Zusage, noch nicht das Geschäft selbst vorhanden. In diesen Fällen gründet sich also die ganze Obligation auf eine bereits hingegebene Sache[13]). Bei der Stipulation und dem Literalcontract hängt natürlich Alles von der Vollendung des mündlichen oder schriftlichen Actes ab.

599. Neben den im bürgerlichen Leben durch einen besonderen Namen ausgezeichneten Contracten kann aber der Verkehr Geschäfte erzeugen, die einen erlaubten juristischen Zweck in sich schliessen, aber doch nicht grade unter ein benanntes Geschäft passen. Ueber deren Behandlung hat sich bei den Römern nur allmählig eine bestimmte Rechtsansicht festgesetzt. Anfangs entschied wohl jedesmal der Prätor selbst nach dem vorgetragenen Factum, ob eine

---

den Geist dieser Verhältnisse, wenn neuere Schriftsteller die Hypothese aufstellen, in der ältesten Zeit seien bei den Römern alle Geschäfte, auch der Kauf und dergleichen, in Stipulationen eingekleidet worden, und nur allmählig sei man bei gewissen Verträgen zu einer freieren Form vorgeschritten.

11) Fr. 5. pr. D. de verb. obl. (45. 1), Paul. sent. rec. V. 7. §. 1.

12) Gaius III. 135. 136.

13) Fr. 1. §. 2—6. D. de obl. (44. 7).

actio in factum zu geben soi oder nicht[14]), wenn nicht etwa die actio de dolo aushalf[15]). Labeo erklärte aber in einzelnen ihm in der Praxis vorkommenden Fällen der Art die civilis actio in factum für zulässig[16]). In dieser Richtung schritt nun die Jurisprudenz fort. Insbesondere gelangte Aristo unter Trajan zu der Abstraction, dass überall, wo um einer Gegenleistung willen etwas gegeben worden, dasjenige sich vorfinde, was auch andere Geschäfte zu Contracten mache, und dass daher die civilis incerti actio praescriptis verbis zu gestatten sei[17]). Andere stellten als Kennzeichen dafür auf das Dasein eines civile negotium im Gegensatz einer noch nicht über die mündliche Besprechung hinaus gediehenen Convention[18]). Auch suchte man die Klagbarkeit durch die Vergleichung und Analogie des Falles mit einem benannten Contract zu rechtfertigen[19]). Dass durch das Geben einer Sache eine obligatio auf die bedungene Gegenleistung erworben werde, wurde nun in der Jurisprudenz eine feststehende auch aus dem natürlichen Recht begründete Regel[20]), und um bei deren Handhabung gewisse Anhaltspunkte zu haben, stellte man vier allgemeine Formen auf: Geben ums Geben, Geben ums Thun, Thun ums Geben, Thun ums Thun[21]). Ueber jenen

14) Darauf zeigen fr. 7. §. 2. D. de pact. (2. 14), fr. 16. §. 1. D. praescr. verb. (19. 5).

15) Fr. 5. §. 3. D. praescr. verb. (19. 5).

16) Fr. 1. §. 1. fr. 19. pr. fr. 20. pr. D. praescr. verb. (19. 5).

17) Fr. 7. §. 2. 4. D. de pact. (2. 14).

18) Fr. 15. D. praescr. verb. (19. 5), c. 1. C. de pact. conv. (5. 14). Man sehe auch fr. 1. pr. D. de aestimat. (19. 3), fr. 13. pr. fr. 19. pr. fr. 22. D. praescr. verb. (19. 5).

19) Fr. 1. D. de aestimato (19. 3), fr. 5. §. 1. 2. 4. fr. 6. 13. 16. pr. fr. 17. pr. §. 3. fr. 19. §. 1. fr. 20. 22. 24. D. praescr. verb. (19. 5), fr. 23. D. comm. divid. (10. 3), fr. 1. §. 9. D. depos. (16. 3), §. 1. 2. J. locat. (3. 24). Dadurch erklärt sich, warum in gewissen Fällen, wo es an aller Analogie fehlt, eine actio civilis nicht statt fand, fr. 5. §. 3. fr. 16. §. 1. D. praescr. verb. (19. 5).

20) Fr. 16. D. de cond. causa data (12. 4), fr. 25. D. praescr. verb. (19. 5).

21) Fr. 5. D. praescr. verb. (49. 5).

Grundsatz hinaus wagte man sich aber nicht; denn dass durch blossen Consens Obligationen entstehen, wurde nach einem gewissermassen recipirten Canon blos als eine Eigenthümlichkeit der obigen vier benannten Contracte angesehen[22]. Also erst durch die Hingabe der Sache erwarb der Eine ein Klagrecht auf die zu empfangende Gegenleistung, und erst nach der gemachten Gegenleistung hatte der Andere ein festes Recht, die empfangene Sache zu behalten[23]. Jener Grundsatz galt insbesondere auch bei dem Tausch[24], wiewohl man über dessen Natur eine Zeitlang zweifelhaft war[25], und er mit mehr Recht hätte zu einem Consensualcontract gemacht werden können. Alle solche nicht nach einer bestimmten Klage benannten Contracte wurden ungewisse Contracte[26] oder Geschäftsformen neuer Art[27] genannt. In der späteren Kaiserzeit wurden aber noch zwei neue Arten von Verträgen nicht blos für klagbar erklärt und daher contractus genannt, sondern auch ihrer Eigenthümlichkeit wegen mit besonderen Namen bezeichnet, nämlich der contractus de suffragio[28], und der emphyteuticarius contractus[29].

600. Hinsichtlich der aus den Contracten entspringenden Klagrechte gab es aber noch eine feine Unterscheidung. Der Kauf, die Miethe und die Societät sind nämlich so beschaffen, dass die daraus hervorgehenden Obligationen für jeden Theil ganz gleich sind[30]. Hingegen bei dem

22) Fr. 1. §. 2. D. de permut. (19. 4).

23) So erklärt sich das ius poenitendi im fr. 3. §. 2. 3. fr. 5. pr. §. 1. 2. D. de cond. causa data (12. 4).

24) Fr. 1. D. de permut. (19. 4), c. 3. 4. 7. C. de rer. permut. (4. 64).

25) Gaius III. 141., fr. 1. D. de contr. emt. (18. 1).

26) Contractus incerti, fr. 9. pr. D. si cert. petet. (12. 1), fr. 18. D. de acceptil. (46. 4).

27) Nova negotia, fr. 22. D. praescr. verb. (19. 5).

28) C. 2. C. Th. si certum petat. de suffrag. (2. 29), c. un. C. J. de suffrag. (4. 3).

29) C. 1. 2. C. de iure emphyt. (4. 66).

30) Diese drei Geschäfte werden daher vorzugsweise contractus genannt, fr. 19. D. de verb. sign. (50. 16).

mandatum, commodatum, depositum und pignus fällt die regelmässige und hauptsächliche Obligation blos auf den Einen; der Andere wird nur mehr zufällig durch Hinzutreten besonderer Umstände obligirt. Daher unterschied man schon früh[31]) bei diesen Geschäften die actio directa und contraria[32]). Auch bei den ungenannten Contracten kann die daraus gestattete Klage die Natur einer blossen actio contraria haben[33]); jedoch wurde dieses in der Benennung nicht hervorgehoben. Bei dem mutuum endlich ist in der Hinzahlung, wodurch der Contract entsteht, zugleich auch Alles enthalten, was der Darleiher dabei zu thun hat; Gegenansprüche aus dem Geschäft sind gar nicht denkbar, daher findet sich dabei eine contraria actio nicht. Dasselbe ist ihrer rein einseitigen Natur wegen bei der Verbal- und Literalobligation der Fall[34]).

601. Was nun nach allen diesen Veränderungen das Gebiet der pacta betrifft, so war dasselbe dadurch eingeengt, dass die pacta zweiseitigen obligatorischen Inhalts nun insgemein zu contractus erhoben waren. Eine Ausnahme bildete das pactum de permutando, wegen der über den Tauschvertrag recipirten eigenthümlichen Ansicht[35]). Eine andere Ausnahme war der Transact. Durch einen Solchen konnten allerdings wechselseitige Obligationen geschaffen werden: allein nothwendig war dieses nicht, sondern es konnte auch ganz Anderes, namentlich blos einseitige Ver-

31) Der Unterschied der directa und contraria iudicia findet sich schon bei Cicero de offic. III. 17.

32) Ueber die contraria actio sehe man fr. 12. §. 9. fr. 26. §. 4. fr. 45. §. 5. D. mandati (17. 1), fr. 18. §. 2. 3. 4. fr. 22. D. commod. (13. 6), fr. 5. pr. fr. 23. D. depos. (16. 3), fr. 9. pr. fr. 16. §. 1. fr. 32. D. de pigner. act. (13. 7).

33) Ein Beispiel giebt fr. 7. §. 2. D. de pact. (2. 14), fr. 5. §. 2. D. praescr. verb. (19. 5).

34) Gaius III. 137., Theophil. III. 22. Aus diesem Gesichtspunkt wurden die Stipulation und das mutuum gar nicht als eigentliche contractus angesehen, sondern blos im Allgemeinen ein actum genannt, fr. 19. D. de verb. sign. (50. 16).

35) C. 3. C. de rer. permut. (4. 64.) Man vergleiche Note 24. 25.

bindlichkeiten oder die Aufhebung von Obligationen, dadurch festgesetzt werden. Er war also ein Geschäft unbestimmten Inhalts, wofür man den allgemeinen Namen, pactum, und zur Klagbarkeit in den geeigneten Fällen die Unterstützung durch die Stipulationsform festhielt[36]). Hingegen für die pacta nur einseitig obligirenden Inhalts blieb es bei der Regel, dass sie, um juristisch zu binden, in eine Stipulation eingekleidet werden mussten[37]). Zwar hatten Ausnahmsweise Einige derselben auch ohne Stipulation Klagbarkeit erhalten, und hätten daher contractus genannt werden können. Allein man war so gewöhnt, die einseitig obligiren sollenden formlosen Verträge im Gegensatz der wesentlich zu diesem Zwecke bestimmten Stipulation pacta zu nennen, dass man diese Bezeichnung für sie beibehielt. Klagbar geworden waren so durch das prätorische Recht das pactum hypothecae[38]) und das constitutum einer eigenen oder fremden Schuld[39]); durch das neuere Recht das Versprechen einer dos, das pactum donationis, und das arrhale pactum[40]). Unklagbar blieb aber das formlose Versprechen von Zinsen[41]), einer Conventio-

36) C. 21. C. de pact. (2. 3), c. 6. 17. 28 33. C. de transact. (2. 4). So widerlegt sich der Einwurf, den Schilling gegen meine Theorie aus diesen Stellen erhebt.

37) Paul. sent. rec. II. 22. §. 2., fr. 11. D. de relig. (11. 7), c. 14. 21. 27. 28. C. de pact. (2. 3). Dass die Einseitigkeit der Charakter dieser pacta sei, macht eine Eigenthümlichkeit meiner Auffassung aus.

38) Fr. 17. §. 2. D. de pact. (2. 14), fr. 1. pr. D. de pign. act. (13. 7), fr. 4. D. de pigner. (20. 1).

39) Fr. 1. D. de pecun. const. (13. 5), c. 1. 2. C. de const. pecun. (4. 18), §. 8. 9. J. de action. (4. 6).

40) C. 3. C. de act. emti (4. 49), c. 17. C. de fide instrum. (4. 17). Dadurch verpflichtete sich Jeder zu einer arrha, auf den Fall dass er den verabredeten Vertrag nicht abschliessen würde. Es liegt darin nicht, wie Schilling zur Widerlegung meiner Theorie behauptet, die Festsetzung einer „gegenseitigen Leistung“, sondern wie bei der Conventionalstrafe die gegenseitige eventuelle Festsetzung einer einseitigen Leistung.

41) Paul. sent. rec. II. 14. §. 1., c. 3. C. de usur. (4. 32).

nalstrafe[42]). Eine besondere Gattung von das Obligationenrecht berührenden pacta sind die auf einen Hauptvertrag sich beziehenden Nebenberedungen, wodurch nicht die Erzeugung einer obligatio, sondern nur die Bestärkung oder Modification einer solchen bezweckt wird. Man brauchte dafür auch den Ausdruck lex. Wenn diese als Bestandtheile des Hauptgeschäftes auftraten, waren sie mit diesem klagbar[43]; als selbstständige Verabredungen aber nicht[44].

Vierzehntes Kapitel.

Von den einzelnen Verträgen.

602. Die einzelnen Verträge sind hier nur in so weit zu erwähnen, als dabei historische Eigenthümlichkeiten statt fanden. Von den Consensualcontracten gehört hieher nur der Kauf und Verkauf. Durch dieses Geschäft wurde der Verkäufer verbunden, dem Käufer die Sache, wenn dabei eine förmliche Erwerbart nöthig war, zu mancipiren oder in iure zu cediren, und ihn dann noch, wenn es sich um eine Liegenschaft handelte, in den ledigen Besitz einzuweisen[1]. Bei res nec mancipi, und im neuen Recht un-

---

42) Daher wurde dazu immer die stipulatio gebraucht. fr. 10. §. 1. D. de pact. (2. 14).

43) So zum Beispiel im fr. 75. D. de contr. emt. (18. 1), fr. 21. §. 5. D. de act. emti (19. 1), fr. 50. D. de pact. (2. 14), fr. 12. D. praescr. verb. (19. 5), c. 2. C. de pact. int. emt. (4. 54).

44) Fr. 7. §. 5. D. de pact. (2. 14), fr. 72. pr. D. de contr. emt. (18. 1), c. 3. C. de pact. (2. 3).

1) Gaius IV. 131., Paul. sent. rec. I. 13 A. §. 4., Cicero pro Tull. 17., fr. 18. §. 1. fr. 68. §. 2. D. de contr. emt. (18. 1), fr. 2. §. 1. fr. 48. D. de act. emti (19. 1). Eine Urkunde über den Verkauf und die Mancipation eines servus mit der Gewähr gegen heimliche Mängel und der stipulatio duplae im Fall der Eviction ist in Wachs auf einem Triptychon erhalten und edirt von Mommsen in dem Monatsbericht der Berliner Akademie vom 26. Nov. 1857. S. 7—9. Urkunden über

bedingt, war Alles durch die Tradition abgemacht. Alles dieses zielte darauf hin, dass der Käufer Eigenthümer werden sollte. Wenn jedoch der Verkäufer nicht Eigenthümer gewesen war, sondern wissentlich oder unwissentlich eine fremde Sache verkauft hatte, so war darum der Contract als solcher nicht null, sondern er äusserte immer seine Wirkung darin, dass der Verkäufer für seine Handlung Gewähr leisten und den Käufer schadlos machen musste [2]). Hinsichtlich dieser Pflicht der Evictionsleistung ist historisch Folgendes zu bemerken [3]). War der Kauf durch Mancipation und Tradition perfect geworden, was nur bei einer res mancipi möglich war, so lag in diesem mancipium oder nexus die formelle Verpflichtung den Käufer zum quiritischen Eigenthümer zu machen, und der Verkäufer konnte daher im Fall der Eviction mit der actio auctoritatis wegen seiner nicht verwirklichten Zusage auf den doppelten Kaufpreis belangt werden [4]). Namentlich trat dieses nach dem Verkauf und der Mancipation von servi ein [5]). Wurde blos verkauft nicht auch mancipirt, so konnte der Käufer bei werthvollen Sachen wegen des habere licere eine ausdrückliche Stipulation fordern, wobei die poena dupli das Gewöhnliche war [6]); so namentlich nach dem ädilitischen Edict bei servi [7]). Aber auch ohne ausdrückliche Stipulation wurde aus der Natur des Kau-

---

Verkäufe mit der Unterschrift von fünf Zeugen, der stipulatio duplae, clausula doli, und über die nachfolgende traditio stehen bei Spangenberg tabulae n. 50. 51.

2) Fr. 11. §. 2. D. de act. emti (19. 1). Darauf geht der Ausdruck auctor esse, Plaut. Curcul. 4. 2, 8—14., auctoritas, Paul. sent. rec. II. 17. §. 1.

3) Davon handeln: C. Sell in dessen Jahrbüchern Th. II. 1843. S. 8—19., Rudorff in Savigny Zeitschr. Th. XIV. 1848. S. 430—451., Müller Die Lehre des römischen Rechts von der Eviction. Th. I. Halle 1851.

4) Paul. sent. rec. II. 17. §. 3.

5) Varro de re rust. II. 10, 5.

6) Fr. 37. pr. §. 1. fr. 56. pr. D. de evict. (21. 2).

7) Fr. 37. §. 1. D. de evict. (21. 2), Varro de re rust. II. 10, 5.

fes eine Klage auf Schadloshaltung bald in duplum bald in id quod interest gegeben[8]). Die Verantwortlichkeit des Autors hörte auf, wenn der Käufer sich durch die inzwischen eingetretene Verjährung selbst schützen konnte. Der Verkäufer konnte also, nach dem alten Recht ausgedrückt, wenn eine bewegliche res mancipi mit mancipium oder nexus verkauft aber evincirt worden, der gegen ihn aus dem nexus gerichteten persönlichen Klage die Berufung auf die einjährige usucapio entgegenstellen, und vielleicht ist dieses die räthselhafte exceptio annalis Italici contractus, welche Justinian aufhob[9]). Um übrigens den misslichen Processen wegen Eviction möglichst zuvorzukommen, verordnete Constantin, dass man nur mit vorsichtiger Prüfung der Rechtstitel des Verkäufers kaufen sollte[10]). Wer vom Fiscus gekauft hatte, war aber gegen die Reclamationen des Eigenthümers durch besondere Constitutionen geschützt[11]). Hinsichtlich der Qualität hatte der Verkäufer nach dem Recht der zwölf Tafeln mit Ersatz des Doppelten für das einzustehen, was bei der Mancipation ausdrücklich versprochen war; für mehr aber nicht[12]). Nach der Jurisprudenz musste er jedoch auch für das wissentlich Verschwiegene[13]), ja selbst wegen unbekannter Mängel haften[14]). Alle diese Grundsätze kamen besonders beim Verkauf von Thieren und Knechten zur Spra-

8) Paul. sent. rec. II. 17. §. 2., Fragm. Vatic. §. 8., fr. 2. 37. §. 2. D. de evict. (21. 2), fr. 31. §. 20. D. de aedil. edict. (21. 1). — Fr. 19. pr. fr. 60. D. de evict. (21. 2), c. 6. 8. 25. C. de evict. (8. 45). — Von der Ausgleichung dieser Stellen handelt Müller I. 61—77.

9) C. 1. pr. C. de annali except. Ital. contract. (7. 40), c. 1. C. de usuc. transform. (7. 31). Dieses ist die Entdeckung von C. Sell in dessen Jahrbüchern III. 31—65. Ihm ist Rudorff, jedoch ohne ihn zu nennen, gefolgt.

10) Fragm. Vatic. §. 35.

11) §. 14. J. de usucap. (2. 6).

12) Festus v. nuncupata, Cicero de off. III. 16., Paul. sent. rec. II. 17. §. 4.

13) Cicero de off. III. 16. 17.

14) Fr. 6. §. 4. D. de act. emti (19. 1), fr. 45. D. de contr. emt. (18. 1), fr. 33. pr. D. de aedil. edict. (21. 1).

che. Daher schrieb schon im siebenten Jahrhundert der Jurist Manilius die Formeln der dabei üblichen Stipulationen zusammen[15]). Insbesondere verordnete aber das Edict der Aedilen bei Marktverkäufen von Knechten oder Vieh, dass wegen Mangels versprochener Eigenschaften, oder wegen verborgen gewesener[16]) Fehler, der Käufer nach seiner Wahl bei den Aedilen auf Rescission des ganzen Geschäfts oder auf Verminderung des Kaufpreises klagen[17]), und auch zu seiner Sicherheit jederzeit eine Stipulation aufs Doppelte fordern könnte[18]). Diese Grundsätze sind dann von der Jurisprudenz zum Theil auch auf andere Gegenstände und Geschäfte ausgedehnt worden[19]). Beim Verkauf von Grundstücken war die genaue Angabe über die Befreiung von Servituten oder über deren Beschaffenheit wichtig und in Formeln gebracht[20]). Uebrigens kamen zu mancherlei Zwecken auch Scheinverkäufe vor, und dann wurde als Kaufsumme ein sestertius genannt[21]).

603. Von den Contracten, welche durch die Hingabe einer Sache entstehen, ist nur die im Justinianischen Recht nicht mehr vorkommende fiducia zu erwähnen. Diese bestand darin, dass Einer eine Sache ins Eigenthum eines Anderen übertrug, jedoch nicht um darin zu bleiben, sondern so dass sie nach Erfüllung eines gewissen Zweckes an den Ersteren zurückgegeben werden sollte. Auf diese

15) Cicero de orat. I. 58., Varro de re rust. II. 2—10.

16) Gellius IV. 2., fr. 1. §. 1. 2. fr. 38. pr. §. 1—5. D. de aedil. edict. (21. 1), Cicero de off. III. 17.

17) Gellius IV. 2., Paul. sent. rec. II. 17. §. 5. 6., fr. 18. pr. fr. 19. §. 6. fr. 38. pr. D. de aedil. edict. (21. 1), fr. 25. §. 1. D. de exc. rei iudic. (44. 2).

18) Fr. 28. 31. §. 20. D. de aedil. edict. (21. 1), fr. 31. 32. pr. D. de evict. (21. 1), fr. 5. pr. D. de verb. obl. (45. 1).

19) Fr. 1. pr. fr. 49. 63. D. de aedil. edict. (21. 1), c. 4. C. de aedil. edict. (4. 58).

20) Cicero de orat. I. 39., Varro de ling. lat. V. 27. Dahin gehört die Formel: fundus ut optimus maximusque est, Siculus Flaccus de condic. agror. p. 146., fr. 90. 169. D. de verb. sign. (50. 16).

21) Man sehe darüber Rudorff in Savigny Zeitschr. X. 118.

Weise konnte namentlich eine Sache zur Aufbewahrung oder zum Unterpfand gegeben werden[22]. Die Uebertragung geschah in der gewöhnlichen Form durch mancipatio oder in iure cessio[23], denen dann die fiduciarische Clausel wegen der Rückübertragung angehängt wurde[24]. Aus dieser entstand ein auf Treu und Glauben angewiesenes iudicium[25], worin die Verurtheilung wegen der gezeigten Treulosigkeit die Infamie nach sich zog[26]. Mit demselben iudicium konnten aber auch die auf die Sache gemachten Verwendungen eingeklagt werden[27]. Zum Rückerwerb war wieder die mancipatio oder in iure cessio nothwendig[28]; doch konnte derselbe auch durch eine eigenthümliche usurecceptio geschehen[29].

604. Die Verbalobligation[30] bezog sich wie oben bemerkt auf die Fälle, wo sich Einer dem Anderen zu einer rein einseitigen Leistung verpflichten wollte, und die Form hatte den Zweck, sich der ernsten Absicht desselben zu versichern und ihn vor Uebereilung zu hüten. Sie bestand in einer auf den zu leistenden Gegenstand gerichteten Frage desjenigen, welcher sich denselben stipulirte[31], und

22) Gaius II. 60., Boethius in Topic. 10.

23) Gaius II. 59., Isid. Orig. V. 25.

24) Boethius in Topic. 10.

25) Cicero de off. III. 15. 17., epist. VII. 12., Paul. sent. rec. II. 13. §. 5., Collat. leg. Mosaic. X. 2. §. 2.

26) Cicero pro Rosc. Com. 6., pro Caecina 3., Lex Iulia municipalis lin. 37. (Haubold monum. p. 123).

27) Paul. sent. rec. II. 13. §. 7.

28) Boethius in Topic. 10.

29) Gaius II. 59. 60. Davon handelt, wie gewöhnlich, mit eigenthümlichen Ansichten Huschke in Savigny Zeitschr. XIV. 229—267.

30) Dieser Contract ist in der neuesten Zeit Gegenstand vielfacher Behandlung geworden; so von Huschke Nexum 1846. S. 99—104., Danz Sacraler Schutz 1857. S. 1—150. 222—245., Jhering Geist des röm. Rechts Th. II. 1858. S. 581—587., Schlesinger Zur Lehre von den Formalcontracten. Leipzig 1858. S. 3—94., Girtanner Die Stipulation. Kiel 1859. Die vielerlei, sich zum Theil durchkreuzenden neuen Ansichten können hier nicht discutirt werden.

31) Ueber die Ableitung dieses Wortes gab es mehrere Meinun-

in einer wörtlich entsprechenden Antwort des Anderen, welcher sich obligirte. Nach den dabei üblichen Ausdrücken unterschied man die Formel: dari spondes? spondeo, von anderen in Frage und Antwort gebrachten Ausdrücken; jene war streng civilrechtlich und daher nur unter römischen Bürgern zulässig; die Anderen aber waren iuris gentium und daher auch unter Peregrinen verbindlich[32]). Hiemit hiengen unstreitig noch zur Zeit des Gajus besondere Wirkungen zusammen, die wir aber nicht mehr kennen. Später hat jedoch der Kaiser Leo alle Solennität der Worte aufgehoben und die Ausdrücke für gleichgültig erklärt[33]). Die Nothwendigkeit einer Frage und einer, wenn auch nicht grade wörtlich doch dem Sinne nach entsprechenden Antwort, mit den daraus fliessenden Consequenzen, blieb aber bestehen[34]), namentlich die, dass die Partheien einander gegenwärtig sein mussten[35]). Hier boten jedoch die servi eine wichtige Aushülfe dar[36]). Die aus der Verbalobligation entspringende

---

gen, Festus v. stipem, Varro de ling. lat. V. 182., Paul. sent. rec. V. 7. §. 1., pr. J. de verb. obl. (3. 15), Isidor. Orig. V. 24.

32) Gaius III. 92. 93. 94. 179. — Huschke hält die civilrechtliche Form der stipulatio für diejenige, welche ursprünglich für die Darlehn in Korn bestimmt „durch Frage und Antwort mit den Werten dare spondesne? spondeo in Gegenwart von Zeugen, die die alten Stämme repräsentirten, und eines öffentlichen Getraidezumessers, an einem heiligen Ort und mit einem religiösen Segensspruch über eine bestimmte Quantität von zugemessenen stipes das heisst ursprünglich Getraidebunden oder deren Ausdrusch, die man bei dem Geschäft formell durch eine hingegebene Aehre darstellte, vollzogen wurde.“ Nach Danz war die sponsio die älteste sacrale Vertragsform an der ara maxima, die promissio aber ein Versprechen, das nach Einführung des neuen Fidescultus religiöse Sanctien erhielt; das Sacrale wurde dann abgestreift und in das Civile umgewandelt. Solche Hypothesen sind allerdings eben so schwer zu widerlegen als zu beweisen.

33) C. 10. C. de contr. stipul. (8. 38), §. 1. J. de verb. obl. (3. 15).

34) Dieses zeigt noch die ganze Behandlung dieser Lehre im Justinianischen Recht; auch pr. §. 1. J. de verb. obl. (3. 15).

35) Paul. sent. rec. V. 7. §. 2., Gaius III. 105., fr. 1. D. de verb. obl. (45. 1).

36) Fr. 1. pr. D. de verb. obl. (45. 1), Gaius III. 166. 167., tit. J. de stipul. serv. (3. 17).

Klage war eine condictio, wenn das Versprechen auf ein Geben gerichtet war[37]), oder die actio incerti, wenn sie auf ein Thun gieng[38]). Uebrigens konnte aber eine Stipulation nicht so gefasst werden, dass das Recht oder die Verbindlichkeit erst beim Tode des Stipulirenden oder Versprechenden anfangen sollte, weil der Begriff von Succession, vermöge dessen der Erbe in eine Obligation eintritt, voraussetzt, dass dieselbe bereits im Erblasser existirt habe[39]). Um aber solche Stipulationen doch wirksam zu machen oder auch zu anderen Zwecken wurde häufig ein adstipulator[40]) oder umgekehrt ein adpromissor[41]) zugezogen. Endlich hob Justinian jene Beschränkung ganz auf[42]); daher kommen auch die Adstipulatoren nicht mehr vor. Gegen den adstipulator, der das Empfangene vorenthielt, verfügte das zweite Kapitel der lex Aquilia[43]), kam aber später ausser Gebrauch[44]). Ein Knecht konnte sich aber auch schon im alten Recht gültig Etwas nach seinem Tode stipuliren, weil hier nur auf die Person des Herrn gesehen wurde[45]). Besondere Arten der Verbalobligation waren übrigens die Zusage einer dos[46]), und das receptum oder Versprechen der Argentarien zur Erfüllung einer Verbind-

37) Fr. 24. D. de reb. cred. (12. 1), pr. J. de verb. obl. (3. 15), Theophil. IV. 13. §. 1.

38) Fr. 4. D. si quis in ius (2. 5), fr. 27. §. 7. D. de recept. (4. 8), fr. 4. pr. D. de usur. (22. 1), pr. J. de verb. obl. (3. 15).

39) Dieses ist der Grund der Regel: obligatio ab heredis persona incipere non potest, Gaius III. 100. 101. 119. 158. 176. Milderungen derselben zeigen schon Gaius II. 232., Fragm. Vatic. §. 98., fr. 45. §. 1. D. de verb. obl. (45. 1), §. 15. J. de inutil. stipul. (3. 19).

40) Gaius III. 110—114. 117., Cicero in Pison. 9., pro Quint. 18.

41) Festus v. adpromissor, fr. 5. §. 2. D. de verb. obl. (45. 1), fr. 43. D. de solut. (46. 3). Doch konnte hier derselbe Zweck auch durch einen Bürgen erreicht werden, Gaius III. 119.

42) C. 11. 15. C. de contrah. stipul. (8. 38), c. un. C. ut action. (4. 11), §. 13. J. de inutil. stipul. (3. 19).

43) Gaius III. 215. 216. Man sehe dazu Huschke Gajus S. 107—111.

44) Fr. 27. §. 4. D. ad l. Aquil. (9. 2), §. 12. J. de l. Aquil. (4. 3).

45) Fragm. Vatic. §. 57.

46) Man sehe §. 526.

lichkeit, nicht blos einer Geldschuld, sondern irgend einer beweglichen oder unbeweglichen Sache[47]).

605. Die Literalobligation bezieht sich auf die Einrichtung der Hausbücher, welche zur Zeit der Republik von jedem ordentlichen Bürger, der dessen zu seinen Geschäften bedurfte, mit der grössten Ordnung und Vollständigkeit geführt wurden[48]). Diese waren doppelter Art: das Notizenbuch[49]), in welches man die gemachten Geschäfte gleich eintrug, und das Hauptbuch[50]), in welches man die Posten aus dem Notizenbuch monatlich auf das Genaueste und Vollständigste überschrieb[51]). Das Genauere dieser Einrichtung und des dabei befolgten Verfahrens ist jedoch nicht mit Gewissheit zu ermitteln[52]). Die Geldposten[53]) wurden so notirt, dass man das, was man von einem Anderen zu fordern hatte oder was man ihm schuldig war, als für ihn ausgelegt oder als von ihm empfangen anschrieb[54]). Geschah nun dieses Anschreiben so, dass man

---

47) C. 2. C. de pecun. const. (4. 18), §. 8. J. de act. (4. 6) Theophil. IV. 6. §. 8. Dieses bestreitet Schilling Institutionen Th. III. S. 283. 676—678. In der ersten Stelle stellt er das receptum dem constitutum ganz gleich. In der zweiten Stelle lenkt er jedoch ein. Der entscheidende Beweis dafür, dass es eine selbstständige verborum obligatio war, ist, dass eine recepticia actio Statt fand, wenn auch die Schuld, wofür die Zahlung gelobt war, nicht existirte.

48) Davon handeln unter Anderen: Savigny Verm. Schriften I. 205—261., System Band V. Beilage XIV. Num. IX., Keller Beitrag zu der Lehre von dem römischen Literal-Contracte (Sell Jahrbücher I.), Schüler Die literarum obligatio des älteren römischen Rechts. Breslau 1842., Gneist Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts. S. 321—514., Heimbach Vom Creditum S. 309—370., Pagenstecher de literarum obligatione. Heidelb. 1851., Einert Ueber das Wesen und die Form des Literalcontracts. Leipzig 1852., Schlesinger Zur Lehre von den Formalcontracten S. 63—90.

49) Dieses führte den Namen adversaria.

50) Dieses hiess codex oder tabulae expensi et accepti.

51) Cicero pro Rosc. Com. 2. 3., pro Cluent. 30., in Verr. II. 1, 23. 36., (Ascon.) in Verr. II. 1, 23.

52) Die Meinungen darüber sind daher auch sehr abweichend.

53) Diese hiessen nomina.

54) Dieses hiess expensum oder acceptum ferre.

dem Anderen dasjenige, was man von ihm aus irgend einem Geschäft oder auch was man von einem Dritten zu fordern hatte, als Buchschuld notirte, so wurde durch dieses nomen transscriptitium die alte Schuld aufgehoben und die Literalobligation an deren Stelle gesetzt[55]). Natürlich setzte diese Umschreibung immer die Zustimmung des Anderen[56]), also eine getroffene Vereinbarung voraus[57]), und wenn diese geläugnet wurde, so kam es wie bei der Stipulation und überhaupt bei jedem Contract auf den Beweis an. Daher wurde unstreitig jene Vereinbarung meistens vor Zeugen gemacht[58]). Der genaue Zusammenhang ist jedoch nicht klar, und es ist gewiss, dass eine Buchschuld auch einem Abwesenden zur Last geschrieben werden konnte[59]). Umgekehrt konnte aber auch der Beklagte seine Hausbücher und andere Beweismittel entgegenstellen[60]); und überhaupt erhielt hier das richterliche Ermessen ein weites Feld[61]). Gab man aber die Richtigkeit der Transscription zu, so konnte man sich nicht mehr mit der blossen Verneinung schützen, dass man nicht schuldig gewesen sei; es blieb nur noch die exceptio doli übrig, die man aber auch zu beweisen hatte[62]). Die Klage aus der Literalobligation war die condictio um bestimmtes Geld[63]). Diese Contractsform war wie es scheint zur Zeit des Gajus noch im Gebrauch; im vierten oder fünften Jahrhundert aber nicht mehr[64]). Uebrigens konnte sich das Anschreiben im Hausbuch auch nicht auf eine transscribirte Schuld, sondern auf ein gemachtes baares Darlehn beziehen. Dieses hiess dann

55) Gaius III. 128. 129. 130. 133. 137.

56) Iussu debitoris expensum tulisse, Cicero pro Rosc. Com. 5. Valer. Max. VIII. 2, 2.

57) Die Form derselben zeigt Theophil. III. 21. pr.

58) Seneca de benef. II. 23. III. 15.

59) Gaius III. 138.

60) Cicero pro Rosc. Com. 1., in Verr. II. 1, 39.

61) Gellius XIV. 2.

62) Valer. Max. VIII. 2, 2.

63) Cicero pro Rosc. Com. 4. 5., fr. 1. D. de ann. legat. (33. 1).

64) (Ascon.) in Verr. II. 1, 23., pr. J. de litter. oblig. (3. 21).

arcarium nomen und daraus entstand keine Literalobligation, sondern es diente nur zum Beweis; die Obligation selbst war schon durch die Numeration begründet[65].

606. Abgesehen von dieser eigenthümlichen Form sich durch Scriptur zu obligiren gab es bei den Römern keine andere. Denn wenn Einer ohne die Einkleidung in eine Stipulation schriftlich etwas schuldig zu sein oder geben zu wollen gelobte, so war dieses juristisch unverbindlich. Anders war es bei den Peregrinen; daher wurde bei ihnen die Verbindlichkeit aus dem chirographum und der syngrapha gewissermassen als eine Literalobligation angesehen[66]. Die Beschaffenheit derselben ist jedoch nicht klar[67]. Nach einer späteren Nachricht soll die syngrapha ein zweiseitiger Act über eine, wenn auch aus einem blos angeblichen Grunde entstandene Schuld, das chirographum hingegen ein einseitiges Bekenntniss über eine aus einem wirklichen Darlehn herrührende Schuld gewesen sein[68]. In unseren Rechtsquellen kommt aber von diesem Unterschiede nichts vor, und die ganze Nachricht ist als sehr unzuverlässig anzusehen[69].

607. Von dem Literalcontract wohl zu unterscheiden sind die Handverschreibungen, welche bei den Römern unter dem Namen cautio oder chirographum allmählig zu mancherlei Zwecken üblich wurden. Dieses geschah besonders in den beiden folgenden Fällen. Erstlich wurde häufig über eine Stipulation, welche man in Person oder durch einen Knecht abgeschlossen hatte, eine Urkunde aufgenommen[70]. Hier veränderte die Scriptur die Natur der Ver-

65) Gaius III. 131. 132. Auf einen Fall der Art bezieht sich Gellius XIV. 2.

66) Gaius III. 134. Gründlich sind diese Verhältnisse von Gneist behandelt.

67) Gneist S. 360—388. 414—508. kommt zu dem Resultat, dass ihnen der Character als eigentliche Literalcontracte nicht zustehe.

68) (Ascon.) in Verr. II. 1,36.

69) Man sehe auch Gneist S. 508—514.

70) Beispiele giebt fr. 40. D. de reb. cred. (12. 1), fr. 126. §. 2. D. de verb. obl. (45. 1).

bindlichkeit nicht, sondern diese blieb an sich eine Verbalobligation[71]). Daher konnte die verbindliche Kraft der Urkunde noch immer unter dem Vorwande, dass dem Versprechen nicht die nöthige Frage vorhergegangen, oder dass die Partheien einander gar nicht gegenwärtig gewesen, bestritten werden. Diesem wurde jedoch dadurch gesteuert, dass durch eine Fiction die erste[72]), dann nach einer Verordnung Justinians auch der zweite Punkt bis zum evidenten Beweis des Gegentheils als wahr angenommen werden sollte[73]). So war mithin der Scriptur die positive Wirkung beigelegt, dass daraus wie aus einer Stipulation, auch ohne dass eine solche wirklich vorhergegangen, eine Verbindlichkeit entstehen konnte. Auch in materieller Beziehung wurden einer solchen Urkunde über eine geschlossene Stipulation in einem besonderen Falle positive Eigenthümlichkeiten beigelegt. Wenn nämlich eine Stipulation nicht in der Absicht zu schenken, sondern wegen einer zuvor zu empfangenden Leistung eingegangen worden, so konnte der Beklagte der formellen Klage aus dem Contract als exceptio doli die Einrede entgegenstellen, dass jene Leistung nicht wirklich geschehen sei[74]), und dann hatte der Kläger die Leistung zu beweisen[75]). Der Umstand, dass über die Stipulation eine Urkunde aufgenommen worden, änderte daran regelmässig nichts. Etwas Eigenthümliches entstand jedoch für den Fall, wo die Stipulationsurkunde auf ein empfangenes Darlehn lautete, dessen

---

71) Gaius III. 134.

72) Paul. sent. rec. V. 7. §. 2., fr. 134. §. 2. D. de verb. obl. (45. 1), c. 1. C. de contrah. stipul. (8. 38), §. 8. J. de fideiuss. (3. 20).

73) C. 14. C. de contrah. stipul. (8. 38), §. 12. J. de inutil. stipul. (3. 19). Man sehe darüber Gneist S. 253 - 261.

74) Gaius IV. 116., fr. 2. §. 3. C. de doli exc. (44. 4), §. 2. J. de except. (4. 13).

75) Man sehe darüber Gneist S. 180—189. 209—219. Dieser widerlegt die gewöhnliche Meinung, wonach dem Beklagten der Beweis seiner Einrede obliegt. Gegen Gneist streiten jedoch Schlesinger Formalcontracte S. 30—63., Girtanner Stipulation S. 289—330.

Rückzahlung der Schuldner dadurch gelobte[76]). Wenn nämlich derselbe die wirkliche Auszahlung des Darlehns in Abrede stellen wollte, so war seit dem dritten Jahrhundert durch kaiserliche Constitutionen festgesetzt, dass die exceptio non numeratae pecuniae nur bis zum Ablauf von einem, nach Diocletian von fünf, nach Justinian von zwei Jahren nach Ausstellung der Urkunde zulässig sein sollte[77]). Nach Verlauf dieser Frist begründete also die Scriptur für den Aussteller eine unbedingte Zahlungspflicht.

608. Die andere Hauptart von cautio oder chirographum war, wenn eine Verschreibung ohne die Form der Stipulation als Bekenntniss über ein empfangenes Darlehn ausgestellt wurde[78]). Hier wurde durch die Scriptur die gewöhnliche Natur des Darlehns nicht verändert. Wenn daher der Creditor auf das chirographum gestützt die condictio ex mutuo erhob, der Beklagte aber den wirklichen Empfang des Geldes in Abrede stellte, so musste der Kläger die geschehene Numeration als den eigentlichen Klaggrund beweisen[79]). Nachdem aber unter den Kaisern die Zeitbeschränkung der exceptio non numeratae pecuniae aufgekommen war, so wurde diese auch auf jene Einrede gegen einfache Schuldscheine übertragen und eine solche nach Ablauf jener Frist nicht mehr gestattet[80]). Es war also nun möglich, dass Einer ohne Stipulation und ohne wirkliche Numeration blos der Scriptur wegen zu einer Zahlung obligirt war, und dieses wurde darum eine Literalobligation des neuen Rechts genannt[81]).

---

76) Man sehe Gneist S. 265—285. 307—314. Dieser weist überzeugend nach, dass die exceptio non numeratae pecuniae hauptsächlich auf Stipulationsurkunden berechnet gewesen sei.

77) C. 1. Cod. Hermeg. de cauta et non numer. pecun. (1), c. 8. 9. 10. 14. pr. C. de non numer. pecun. (4. 30), c un. §. 4. C. Th. si certum petat. (2. 27), §. un. J. de liter. obl. (3. 21).

78) Fr. 41. §. 2. D. de usur. (22. 1).

79) C. 3. 5. 7. C. de non numer. pecun. (4. 30).

80) Man sehe Gneist S. 307 — 317. Abweichende Ansichten hat Schlesinger S. 180—319.

81) §. un. J de liter. obl. (3. 21), Theophil. III. 21. Ganz rich-

609. Eine besondere Betrachtung erfordert das Zinsgeschäft, welches von dem gewöhnlichen Darlehn genau unterschieden wurde[82]). Denn die aus diesem entstehende Verbindlichkeit gieng seinem Begriff nach blos auf die Rückgabe des Empfangenen; das Zinsversprechen fiel daher unter einen ganz anderen Gesichtspunkt, und setzte um bindend zu sein eine förmliche Stipulation voraus[83]). Als das Mass erlaubter Zinsen[84]) sollen zuerst die zwölf Tafeln das unciarium foenus festgesetzt haben[85]). Unze bedeutet hier unstreitig ein Zwölftheil des Capitals, und zwar nicht monatlich sondern jährlich[86]), so dass der gesetzliche Zinsfuss nach unserer Sprache $8\frac{1}{3}$ Procent war[87]). Wegen der Geldnoth nach dem Gallischen Kriege mag aber diese Beschränkung abgekommen oder selbst gesetzlich aufgehoben worden sein[88]), denn im Jahr 399 ist von der neuen Einführung derselben die Rede[89]). Nach mehreren Massregeln wider den Wucher[90]) kam aber der Zinsfuss (409) auf die

---

tig ist dieses nicht; denn der Grund der Verbindlichkeit ist doch immer die präsumirte Numeration.

82) Daher wird mutuum und foenus einander entgegengesetzt, Plautus Asinar. I. 3. v. 95., Non. Marcell. V. 70.

83) Man sehe Kap. XIII. Note 41. Beispiele geben fr. 24. D. praescr. verb. (19. 5), fr. 126. §. 2. D. de verb. obl. (45. 1).

84) Eine gute Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten giebt Streuber Der Zinsfuss bei den Römern. Basel 1857. Er selbst entscheidet sich für Niebuhrs Auslegung.

85) Tacit. ann. VI. 16., Cato de re rust. praef.

86) Niebuhr III. 61—71.

87) Niebuhr bezieht diesen Zinsfuss auf das alte zehnmonatliche Jahr, und nimmt für das zwölfmonatliche eine Erhöhung auf ein Zehntheil des Capitals an. Allein dafür ist blos, dass nach dieser Voraussetzung eine dunkle Stelle bei Festus v. unciaria mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit restituirt werden kann. Dawider aber ist, dass die zwölf Tafeln nicht mehr nach dem alten cyklischen Jahr gerechnet haben (§. 166).

88) Niebuhr II. 383. 674. III. 62.

89) Livius VII. 16.

90) In diese Zeit fällt wohl auch die lex Marcia, Gaius IV. 23., Livius VII. 21.

Hälfte herab[91]). Endlich sollen gar durch das Plebiscitum des Genucius (414) alle Zinsen verboten worden sein[92]), was aber, wie leicht zu erwarten war, vielfach umgangen wurde[93]) und endlich ganz ausser Acht kam[94]). Durch den aufblühenden Handel, durch den grossen Geldverkehr mit den Provinzen, und durch die Sorgfalt der Römer ihre Baarschaften keinen Augenklick unbenutzt liegen zu lassen[95]), entstand selbst der Gebrauch, die Gelder nicht mehr von Jahr zu Jahr, sondern von Monat zu Monat auszuthun[96]). Der gewöhnliche Zinsfuss dabei war die centesima, ein Procent monatlich[97]); die geringeren Zinsen wurden in Unzen und anderen Bruchtheilen der centesima ausgedrückt[98]). Jenes Mass machten die Edicte in den Provinzen zum gesetzlichen Maximum[99]), und es erscheint als solches auch noch in den späteren Rechtsquellen[100]). Justinian setzte es aber auf die Hälfte herab mit einigen Modificationen nach

91) Livius VII. 27., Tacit. ann. VI. 16.

92) Livius VII. 42., Tacit. ann. VI. 16.

93) Livius XXXV. 7.

94) Plutarch. Cato mai. 21., Appian. de bell. civ. I. 54.

95) Polyb. XXXII. 13.

96) Die Zinszahlung geschah regelmässig an den kalendae, Horat. Serm. I. 3. v. 87. Daher hiess auch das Register, welches sich ein Geldhändler über seine Zinsposten hielt, das kalendarium, fr. 41. D. de reb. cred. (12. 1), fr. 41. §. 6. D. de legat. III. (32).

97) Dio Cass. LI. 21.

98) Die Ausdrücke usurae deunces, deunces, dodrantes, besses, septunces, semisses, quincunces, trientes, quadrantes, sextantes, unciae usurarum, bezeichnen die Zinsen von $^{11}/_{12}$ bis $^{1}/_{12}$ Procent monatlich, oder 11 bis 1 Procent jährlich.

99) Plutarch. Lucull. 20., Cicero ad Attic. V. 21, 11. VI. 1, 5. 6. Man vergleiche dazu Boeckh Inscr. graecae T. II. n 2335. Schon die älteren Schriftsteller haben Cicero ad Att. V. 21, 13. so verstanden, als ob durch ein Senatusconsult von 704 die centesima zum gesetzlichen Zinsfuss für das ganze Reich erhoben worden sei. So auch noch Steuber S. 112., Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 50., Rein Privatrecht S. 638. Allein das dort erwähnte Senatusconsult bezieht sich nur auf den besonderen Fall, wovon in dem ganzen Brief die Rede ist.

100) Paul. sent. rec. II. 14. §. 2. 4., c. 8. C. si cert. petat. (4. 2), c. 1. 2. C. Th. de usur. (2. 33).

dem Stande der Creditoren [101]). Zinsen von Zinsen als solchen zu nehmen war durch Gesetze verboten [102]); doch umgieng man dieses dadurch, dass man nach Ablauf jedes Jahres die fällig gewordenen Zinsen zum Capital schlug und mit diesem verzinsete [103]), bis dass endlich Justinian auch diese Form untersagte [104]). Gieng das geliehene Geld übers Meer auf Gefahr des Creditors, so konnte sich dieser für die Zeit der Seereise beliebige Zinsen bedingen [105]). Erst Justinian setzte dafür ein bestimmtes Mass fest [106]).

610. Endlich ist von den Grundsätzen der Schenkung zu handeln. Dabei sind vor Allem zwei Gesichtspunkte zu unterscheiden: das Schenkungsversprechen und die Vollziehung der Schenkung. Ersteres musste um juristisch bindend zu sein der gewöhnlichen Regel gemäss in eine Stipulation eingekleidet sein [107]). Zur Vollziehung aber gehörte, wenn der Gegenstand eine res mancipi war, eine mancipatio oder in iure cessio; bei einer res nec mancipi genügte die blosse Tradition [108]). Bei der Mancipation in der Anwendung auf eine Schenkung wurde ausser dem As, welches zu deren Ritus gehörte, noch ein Sestertius als Preis genannt und hingegeben [109]). Bei Schenkungen unter

101) C. 26. C. de usur. (4. 32). Der Begriff der centesima war aber nun auf $^1/_8$ des Capitals oder $12^1/_2$ Procent jährlich gestiegen, Gothofr. ad c. 1. C. Th. de usur. (2. 33).

102) C. 28. C. de usur. (4. 32), fr. 26. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6).

103) Dieses ist der Sinn von anatocismus anniversarius, Cicero ad Attic. V. 21, 11. 12. VI. 1, 5., Orelli inscr. T. II. n. 4405.

104) C. 28. C. de usur. (4. 32).

105) Plutarch. Cato mai. 21., Paul. sent. rec. II. 14. §. 3., c. 1. 2. C. de naut. foenere (4. 33).

106) C. 26. §. 1. C. de usur. (4. 32), nov. 106. 110.

107) Fragm. Vatic. §. 263. 293.

108) Plinius epist. X. 3., Fragm. Vatic. §. 263. 293., Diocletian. in Consult. veter. ICti §. VI. const. 1.

109) Diese Entdeckung machte Huschke J. Flavii Syntrophi instrumentum p. 39. Beispiele giebt Orelli inscr. T. II. n. 4358. 4567. 4571. 4947.

Eltern und Kindern war jedoch von Antoninus Pius die Nothwendigkeit der Mancipation und Tradition erlassen und die blosse Willenserklärung, gleichviel in welchen Worten, für hinreichend statuirt [110].

611. Unter den Kaisern entstand als Zugabe zu den gewöhnlichen Förmlichkeiten der Gebrauch, den Schenkungsact von einer Obrigkeit in das Gerichts- oder Stadtbuch eintragen zu lassen [111]. Dieses machte Constantinus Chlorus zur Nothwendigkeit [112], und es wurde so auch von den nachfolgenden Kaisern beibehalten [113], selbst unter solchen Personen, die durch Antoninus von dem Erforderniss der Mancipation und Tradition entbunden waren [114]. Im Jahr 428 wurden jedoch die Eheschenkungen unter zweihundert Goldgulden von dieser Formalität befreit [115]. In einer Verordnung vom Jahr 316 hatte Constantin neben der Eintragung in das Stadtbuch noch zwei andere Formalitäten angegeben: nämlich dass über die Schenkung vor Zeugen eine umständliche Urkunde verfasst, und dass die Tradition vor Zeugen vollzogen werden sollte [116]. Allein dieses war ein blosser Rath, kein Gesetz; daher wurde auch (428) der erste [117], dann (478) auch der zweite Punkt [118] ausdrücklich für gleichgültig erklärt. Die Tradition selbst [119] oder bei res mancipi die Mancipation [120])

---

110) Fragm. Vatic. §. 314., Paul. sent. rec. IV. 1. §. 11., c. 4. 5. 7. C. Th. de donat. (8. 12).

111) Fragm. Vatic. §. 266. 268.

112) Dieses bezeugt c. 1. C. Th. de sponsal. (3. 5).

113) C. 1. 3. 5. 6. 8. §. 1. C. Th. de donat. (8. 12), c. 30. 32. C. de donat. (8. 54).

114) C. 5. C. Th. de donat. (8. 12).

115) C. 8. C. Th. de sponsal. (3. 5).

116) Fragm. Vatic. §. 249., c. 1. C. Th. de donat. (8. 12). Ueber das Jahr sehe man die Bemerkung von Hänel zur c. 2. C. Th. de administr. (3. 30).

117) C. 29. C. de donat. (8. 54). Die richtige Auffassung giebt Savigny System IV. §. 165.

118) C. 31. C. de donat. (8. 54).

119) C. 8. C. Th. de donat. (8. 12).

blieben aber wesentlich; doch machte man es sich mit Letzterer immer mehr bequem, und es blieb davon zuletzt wohl nur die Erwähnung des Sestertius in der Urkunde übrig [121]).

612. Justinian endlich ordnete diese Verhältnisse auf folgende Art. Durch seine Veränderungen der Eigenthumserwerbarten hörte das Bedürfniss der Mancipation auch theoretisch ganz auf, und wurde überall durch die Tradition ersetzt; doch fand er es nothwendig auch die Erwähnung des Sestertius ausdrücklich abzuschaffen [122]). Die gerichtliche Eintragung der Schenkung behielt er aber als etwas Wesentliches bei; nur wurden (529) alle Schenkungen bis zu dreihundert, dann (531) bis zu fünfhundert solidi von dieser Formalität befreit [123]). Es waren nun, diese Eintragung, wo sie nöthig war, vorausgesetzt, zwei Fälle möglich. Entweder war die geschenkte Sache auch tradirt; dann war die Schenkung perfect und das Eigenthum übertragen. Oder es war erst das Schenkungsversprechen geschehen; dann sollte dieses auch ohne Stipulation gültig sein, so dass daraus auf die Vollziehung der Tradition geklagt werden könnte [124]). Er stellte also das formlose Schenkungsversprechen den Consensualcontracten gleich.

613. Etwas Eigenthümliches bestand eine Zeitlang bei

120) Diese wird noch im Jahr 355 erwähnt, c. 7. C. Th. de donat. (8. 12). Beispiele geben die Schenkungsurkunde des Flavius Artemidor von 174, Spangenberg Tabulae n. XXII., Bruns Fontes p. 88., und die der Statia Irene von 250, Spangenberg n. XXIII., Bruns p. 87. Darin wird erwähnt die Mancipation um einen Sestertius, mit dem libripens und antestatus, und die Tradition der vacua possessio.

121) Den gewöhnlichen Hergang bei den Schenkungen jener Zeit zeigt sehr anschaulich die Donation des Königs Odoaker, Spangenberg Tabulae n. XXVII.

122) C. 37. C. de donat. (8. 54).

123) C. 34. pr. c. 36. §. 3. C. de donat. (8. 54), §. 2. J. de donat. (2. 7).

124) §. 2. J. de donat. (2. 7), c. 35. §. 3. 5. C. de donat. (8. 54), nov. 162. c. 1.

den Schenkungen in Folge der lex Cincia [125]) des Tribunen M. Cincius Alimentus vom Jahr 550 [126]), welche Schenkungen über eine gewisse Grösse hinaus, die sich nicht ermitteln lässt, anzunehmen verbot [127]). Das Gesetz war aber unvollkommen, indem es die übermässige Schenkung doch nicht rescindirte [128]). Hieraus bildete nun die Jurisprudenz in Verbindung mit anderen allgemeinen Rechtsregeln folgendes System [129]). Einerseits folgte daraus, dass der Schenker eine perfect gewordene übermässige Schenkung nicht wieder umstossen konnte [130]). Andrerseits folgte aber auch daraus, dass wenn die Schenkung noch nicht perfect war und er der Sache unter irgend einem juristischen Gesichtspunkt beikommen konnte, ihm dieses von Nutzen war. Dieses zeigte sich in folgenden Anwendungen. War noch nichts geschehen als blos stipulirt, so konnte der Schenker die Klage des Beschenkten auf Vollziehung mit der Einrede

---

125) Davon handeln: Savigny Zeitschr. IV. 1—59., Verm. Schriften I. 315—385., Rudorff de lege Cincia. Berol. 1825., Wenck praef. in Haubold opusc. vol. I. p. 37., Francke Civil. Abhandl. 1826. S. 1., Hasse im Rhein. Museum I. 185. III. 174., Unterholzner im Rhein. Museum II. 436. III. 153., Liebe die Stipulation 1840. S. 103—131., Schilling Institutionen Th. III. §. 356. 357. Die Verschiedenheit der Ansichten ist aber so gross, dass diese hier nicht discutirt werden kann. Durch Klarheit ausgezeichnet ist die Darstellung bei Bruns quid conferant Vaticana fragmenta. 1842. S. 112—139.

126) Cicero ad Att. I. 20., de senect. 4., Livius XXXIV. 4., Festus v. muneralis.

127) Dieses ergiebt sich mit genügender Sicherheit aus den Fragm. Vatic. §. 304., fr. 21. §. 1. fr. 24. D. de donat. (39. 5), Ulpian. I. 1. Paul. sent. rec. V. 11. §. 6.

128) Diese Annahme beruht zwar blos auf der Combination von Ulpian. I. 1. 2., Macrob. somn. Scipion. II. 17. mit dem, was man sonst von der lex Cincia weiss. Sie ist jedoch als hinreichend sicher zu betrachten.

129) Man könnte meinen, die lex Cincia selbst habe schon zum Theil dieses System geschaffen. Allein diese Annahme ist eben so unwahrscheinlich als unnöthig.

130) Dawider sind auch nicht Fragm. Vatic. §. 266., fr. 21. §. 1. D. de donat. (39. 5), fr. 5. §. 5. D. de doli exc. (44. 4). Man sehe Bruns p. 120.

aus der lex Cincia abweisen[131]). War die Schenkung bereits in Vollzug gesetzt, so kam es auf mehrere Unterscheidungen an. Betraf die Schenkung eine res mancipi und war diese mancipirt aber noch nicht tradirt, so konnte der Schenker dieselbe an sich halten und dem Beschenkten, wenn er klagte, jene Einrede entgegenstellen[132]). War sie tradirt aber nicht mancipirt, so konnte sie, so lange sie noch nicht usucapirt war, vom Schenker vindicirt und die Einrede des Beschenkten mit der Replik aus der lex Cincia entkräftet werden. Bei res mancipi gehörte also zur Perfection der Schenkung zweierlei: Mancipation (oder statt derselben Usucapion) und Tradition. Bei res nec mancipi genügte die Tradition[133]). In beiden Fällen konnte jedoch der Schenker, wenn die Sache eine bewegliche war, derselben noch auf einem Wege beikommen, nämlich mit dem interdictum utrubi, so lange der Beschenkte noch nicht über ein halbes Jahr besessen hatte[134]). Also erst nach Ablauf dieser Zeit war dann die Schenkung nach allen Seiten sicher gestellt[135]). Die Rechte aus der lex Cincia fielen aber doch weg, wenn der Schenker verstorben war, ohne die Schenkung revocirt zu haben[136]). Auch hatte jene lex selbst bestimmte Personen ausgenommen, unter welchen Schenkungen jeder Art nur nach den oben angeführten gemeinen Regeln behandelt wurden[137]). Diese Personen waren die Cognaten bis zu einem gewissen Grade, und, wenn die Schenkung der Dos wegen geschah, unbedingt; ferner nahe Verschwägerte und Andere[138]). Wie lange die

131) Fragm. Vatic. §. 310.

132) Fragm. Vatic. §. 310., fr. 5. §. 2. D de doli except. (44. 4).

133) Fragm. Vatic. §. 293. 259. 311. 313.

134) Gaius IV. 148—152.

135) Fragm. Vatic. §. 293. 311. Man sehe darüber Savigny System IV. §. 165. Note f.

136) Fragm. Vatic. §. 259. 266. 294. 312.

137) Fragm. Vatic. §. 293. 310. 311.

138) Fragm. Vatic. §. 298—309.

lex Cincia unter den Kaisern in Uebung blieb und wie sie aufgehoben wurde, lässt sich nicht ermitteln[139].

614. Wollte einer sein ganzes Vermögen verschenken, so war die Stipulation darüber innerhalb des gesetzlichen Masses oder unter excipirten Personen nach dem alten Recht gültig; allein die Vollziehung konnte nur an den einzelnen Stücken durch Mancipation oder Tradition geschehen[140]. Später musste natürlich noch die öffentliche Eintragung hinzukommen. Diese ist beziehungsweise auch nach dem Justinianischen Recht erforderlich; im Uebrigen aber genügt wie bei anderen Schenkungen ein formloser Vertrag[141].

615. Besondere Bestimmungen galten hinsichtlich der Revocation der Schenkungen[142]. Was ein Patron seinem Freigelassenen geschenkt hatte, konnte er wegen des unter ihnen bestehenden eigenthümlichen Verhältnisses jederzeit zurücknehmen[143]. Später wurde dieses aber blos auf den Fall der Undankbarkeit, oder wenn dem damals kinderlos gewesenen Schenker noch Kinder nachgeboren würden, beschränkt[144], die Revocation wegen Undankes jedoch auch bei Schenkungen der Eltern an ihre Kinder[145], und endlich bei allen Arten von Schenkungen gestattet[146].

---

139) Die letzte Erwähnung ist vom Jahr 319., c. 4. C. Th. de donat. (8. 12). Justinian spricht davon als von einem längst abgeschafften Institut, nov. 162. c. 1.

140) Fragm. Vatic. §. 263., Consult. veter. ICti §. VI. const. 1.

141) C. 35. §. 4. 5. C. de donat. (8. 54).

142) Man sehe Savigny System IV. §. 168.

143) Fragm. Vatic. §. 272. 313.

144) C. 1. 8. C. de revoc. donat. (8. 56).

145) C. 1. 2. 4. 6. C. Th. de revoc. donat. (8. 13).

146) C. 10. C. de revoc. donat. (8. 56).

Fünfzehntes Kapitel.

Von den Verstärkungsmitteln der Verbindlichkeiten.

616. Die allgemeine Sicherung der Obligationen lag in der Strenge der gerichtlichen Exekution. Der zur Erfüllung verurtheilte Schuldner konnte im äussersten Falle dem Gläubiger, der darauf aus dem Urtheil klagte, als Schuldknecht addicirt werden. Dieses galt nicht blos bei baaren Geldschulden, sondern bei jeder Obligation, die auf einen Geldwerth reducirt werden konnte [1]). Daneben gab es aber im alten Recht noch ein besonderes Verstärkungsmittel durch das nexum oder den nexus [2]). Ueber dieses Wort waren schon die alten römischen Juristen uneinig, indem man ihm bald eine weitere bald eine engere Bedeutung beilegte [3]). Nach der Ersteren umfasste es alle Geschäfte, wobei die Wage und Erz gebraucht wurde, so dass auch das mancipium darunter gehörte [4]); nach der zweiten bezeichnete es blos die Geschäfte, wobei jene Form zu

1) Das Nähere darüber kommt bei der Procedur vor.

2) Die neueren Schriftsteller darüber sind: Niebuhr Röm. Gesch. I. 637—644. II. 667—673. III. 178—181., Savigny Ueber das altrömische Schuldrecht. Berlin 1834. (Verm. Schriften II. 396 — 470), Scheurl Vom Nexum. Erlangen 1839., C. Sell De iuris Romani nexo et mancipio. Brunsv. 1840., C. van Heusde De lege Poetelia Papiria. Trai. ad Rhen. 1842., Bachofen Das Nexum. Basel 1843., Danz Gesch. des röm. Rechts. Th. II. 1846. S. 85—106., Huschke Ueber das Recht des nexum. Leipzig 1846., Giraud Des nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains. Paris 1847., Puchta-Rudorff Institutionen Th. III. 1847. §. 269. 273., Rein Privatrecht 1858. S. 649—659.

3) Varro de ling. lat. VII. 105., Festus v. nexum, Cicero de orat. III. 40.

4) Man sehe §. 561.

einem obligatorischen Zweck angewendet wurde[5]). Beiden gemeinschaftlich war, dass nach dem alten in den zwölf Tafeln bestätigten Rechtsgebrauch alle in Verbindung mit einer solchen Form festgestellten Clauseln genau erfüllt werden mussten[6]). Demgemäss konnte bei einem nexum dem Gläubiger vom Schuldner das Recht zugesagt werden, diesen, wenn er am Verfalltage nicht zahlen würde, unmittelbar heimzuführen und bis zur Tilgung der Schuld wie einen Knecht bei sich arbeiten zu lassen[7]). Ein solcher nach dem Verfalltage heimgeführter Schuldner hiess nexus; doch ist dabei nicht nothwendig an Fesseln und Bande zu denken[8]). Jenes Recht des Gläubigers gieng auch gegen die Hauskinder und Enkel[9]). Die nächste Anwendung einer solchen Klausel war bei einem baaren Gelddarlehn, wo dann in der ältesten Zeit mit der Wage vor fünf Zeugen und dem libripens das Geld wirklich zugewogen wurde[10]). Es konnte aber auch jede andere schon vorhandene Geldschuld in die Form des nexum, wie bei uns in einen Wechsel, umgekleidet, und durch jenes Versprechen verstärkt werden[11]); hier war dann die Zuziehung der Wage blos symbolisch[12]). Unstreitig war diese Form,

---

5) Genaueres ist bei der Dunkelheit und Unbestimmtheit der Stelle des Varro nicht zu ermitteln, und die genannten Schriftsteller haben daran viele erfolglose Mühe verwendet.

6) Festus v. nuncupata. Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto. — Dass dieses in den zwölf Tafeln stand, ergiebt sich aus Cicero de orat. I. 57.

7) Varro de ling. lat. VII. 105., Livius II. 23. 24. 27. VII. 19. VIII. 28., Dionys. IV. 9. 10. V. 53. 69. VI. 23. 26. 29. 37.

8) Es war daher ganz wohl möglich, dass nexu vincti auf dem Forum stehen, oder aus den Häusern ihrer Gläubiger hervorstürzen, Livius. II. 23. 24.

9) Livius II. 24., Dionys. VI. 29. 37.

10) Diese Form ergiebt sich aus Gaius III. 174.

11) Ein Beispiel giebt Livius VIII. 28. Das so versprochene Geld hiess nexum aes, Festus v. nexum.

12) Gegen diese symbolische Anwendung, welche auch Savigny annimmt, erklärt sich Bachofen S. 57—61. 69. 70., jedoch ohne zureichende Gründe. Der nexus entspricht also genau dem heutigen In-

wie im alten deutschen Recht die Verschreibung zu Hand und Halfter, die gewöhnliche Bedingung, unter welcher harte Gläubiger ihren Schuldnern den letzten Ausstand bewilligten, nach dessen Verlauf sie dann unmittelbar zugreifen konnten. Weigerte sich der Schuldner sich heimführen zu lassen, so war freilich Anrufung der richterlichen Hülfe nöthig; allein dazu war nichts weiter erforderlich, als die Existenz des mit dem nexum geleisteten Versprechens darzuthun, was auf der Stelle vermittelst der Zeugen geschah; auf eine Untersuchung über den Grund der Forderung liess sich das Gericht nicht ein. Hierin liegt, was allgemein übersehen worden, der eigentliche Unterschied von der gewöhnlichen Addiction, indem diese immer eine genaue Prüfung des Entstehungsgrundes der Schuld voraussetzte[13]). Eben deshalb konnte aber auch das nexum leicht zur Bedeckung wucherlicher Geschäfte dienen; darum wurde

---

stitut eines Zahlungsversprechens nach Wechselrecht. Beide stimmen darin überein, dass sie sowohl für die Rückzahlung eines eben baar erhaltenen Darlehns als für die Erfüllung einer schon vorhandenen Geldschuld eingegangen werden können; dass sie Beide an eine rein künstliche Form, dort die Nuncupation mit aes und libra vor Zeugen hier die Verschreibung nach Wechselrecht, geknüpft sind; dass die Form schon als solche Personalexecution mit sich führt; dass gegen die Klage aus dem nexus oder einem Wechsel, sobald nur die Richtigkeit der Form eingeräumt oder constatirt ist, materielle Einreden über die causa obligationis unzulässig sind. Die Wohlthat der lex Poetelia ist dem Fall zu vergleichen, wenn die jetzt bestehende allgemeine Wechselfähigkeit wegen des daraus fliessenden Missbrauches wieder aufgehoben würde.

13) Den Beweis für die hier aufgestellte Ansicht giebt, ausser dem inneren Zusammenhang, die gründlich durchdachte Stelle des Dionys. VI. 83. Dieser unterscheidet drei Klassen von Schuldnern: solche, die den Zahltag noch erst erwarten; solche, die nach eingetretenem Zahltage den Creditoren heimgefallen sind, also die nexi: endlich solche, die in Civilsachen (*δίκαις ἰδίαις*, irrig denkt hier Niebuhr I. 638. blos an Privatdelicte) verurtheilt und ihren Gläubigern addicirt worden sind. Auch in anderen Stellen wird die unmittelbare Execution aus dem *συμβόλαιον*, *συνάλλαγμα*, oder nexus, und die aus der res iudicata genau getrennt, Dionys. V. 69. VI. 24. 37. Blos auf die letztere bezieht sich Livius VI. 14. 20. 34. 36.

es in dieser Anwendung durch die lex Pötelia (429) abgeschafft, und von da an konnte man durch Vertrag nur noch sein Vermögen, nicht die Person unterwürfig machen [14]). Auf die gerichtliche Addiction bezog sich aber jenes Gesetz nicht, sondern diese blieb fortwährend bis in die späten Zeiten möglich [15]). Nur die Anwendung von Fesseln und Fussblock gegen den addictus wurde durch die lex Pötelia ebenfalls untersagt [16]). Uebrigens sind aber die Meinungen der neueren Schriftsteller über das nexum und was damit zusammenhängt sehr verschieden [17]).

---

14) Livius VIII. 28., Cicero de re publ. II. 34., Dionys. fragm. XVI. 9.. Varro de ling. lat. VII. 105. — Niebuhr III. 178. 343. versetzt jene lex in das Jahr 440.

15) Dieses wird bei der Procedur gezeigt werden.

16) Livius VIII. 28.

17) Man muss dabei vor Augen haben, dass es sich um eine Zeit der einfachsten praktischen Bedürfnisse handelt, wo es noch keine Jurisprudenz gab, dass also jede Theorie des nexus, welche auf juristische Feinheiten hinausläuft, zum Charakter jener Zeit nicht passt. Hingegen steht die aufgestellte Unterscheidung und Vergleichung des nexus und der addictio sowohl damit wie mit den Zeugnissen der Quellen im besten Einklang. Ihr sind im Wesentlichen auch Bachofen, Danz, Huschke, Giraud, Puchta-Rudorff, Rein gefolgt, welcher Letztere auch so aufrichtig ist, die Entdeckung des richtigen Verhältnisses dem vorliegenden Werke zuzuerkennen. Im Einzelnen ist nun Folgendes hervorzuheben. 1) Niebuhr hatte zuerst den richtigen Weg in der Unterscheidung zwischen dem nexum und der gewöhnlichen addictio gefunden. Allein er verfolgte denselben nicht bis zu dem entscheidenden Merkmal hin, und legte dem nexum nach Salmasius den Grundbegriff von Selbstverkauf und Verpfändung der eigenen Person unter. Daran haben nach ihm Andere festgehalten, namentlich Zimmermann, Unterholzner, und früher auch Puchta; Savigny hat aber das Irrige dieses Begriffes dargethan. — 2) Sell stellt mit einer sehr gewagten Emendation des Varro die Ansicht auf; jedes nexum habe eine Mancipation enthalten; allein als Gegenstand derselben betrachtet er, wie bereits Scheurl gethan hatte, nicht die Person, sondern die operae. Die allzu grosse Künstelei und Unhaltbarkeit dieser Ansicht hat aber Bachofen S. 21—27. 64—68. schlagend nachgewiesen. Bemerkenswerth ist namentlich, wie Sell S. 54—56. den Einwand beseitigen will, dass die operae als res nec man-

617. Ein anderes allgemeines Sicherungsmittel war das förmliche Gelöbniss des Verpflichteten, die schuldige Leistung oder Handlung zu thun. Dieses konnte in den mannigfaltigsten gerichtlichen und aussergerichtlichen Verhältnissen vorkommen [18]). In der alten Zeit diente dazu

---

cipi gar nicht mancipirt, sondern nur in iure cedirt werden konnten. — 3) Savigny behauptet, die gerichtliche addictio in die Schuldknechtschaft sei ursprünglich nur möglich gewesen wegen einer baaren Geldschuld und da, wo eine andere Schuld durch die Einkleidung in ein nexum einer baaren Geldschuld künstlich gleich gemacht worden. Die Möglichkeit einer solchen Einkleidung habe durch das Verbot der lex Poetelia aufgehört; die Execution durch addictio sei daher seitdem nur bei wirklichen baaren Geldschulden zulässig geblieben, und nur darauf beziehe sich deren spätere Erwähnung. Allein diese Meinung zerfällt dadurch, dass, wie im Process zu zeigen ist, die addictio auch noch später bei Schulden jeder Art möglich war. Gegen unsere Theorie macht er im Nachtrag geltend, die Schuldner hätten durch die lex Poetelia nichts gewonnen, wenn es den Gläubigern doch möglich geblieben wäre, alte Schulden in eine Stipulation einzukleiden, daraus zu klagen, und das Urtheil durch addictio zu vollstrecken. Allein Savigny hat sich dabei den Unterschied zwischen der Klage aus einem Wechsel und der aus einem gewöhnlichen Schuldbrief nicht klar gemacht. — 4) Van Heusde hält den nexus für den Zustand, der aus der addictio entsprang; diese habe die lex Poetelia aufgehoben, und nur noch Vermögensexecution zugelassen. Allein dawider ist, dass wie bemerkt die addictio auch noch später vorkam. — 5) Huschke Nexum S. 48—64. meint, durch den nexus als einer „publicistischen Obligation" sei der Gläubiger in allen Fällen berechtigt worden, am Verfalltage, selbst den sich weigernden Schuldner, unmittelbar ohne alle Anrufung der Obrigkeit mit Gewalt zu greifen und heimzuführen, und er hat mit der ihm eigenthümlichen juristischen Phantasie sich auch die Formel der nuncupatio in diesem Sinne zurechtgelegt. Ihm ist Puchta-Rudorff beigetreten. Wir müssen ihm jedoch die Vertretung dieser extravaganten Meinung selbst überlassen. — 6) In Beziehung auf die lex Poetelia stellt Huschke S. 132—137. 147—158. die Behauptung auf, durch dieselbe sei die civile und pönale Privatexecution abgeschafft, und dafür ein neues prätorisches Executionsrecht eingeführt worden. Dieses ist jedoch aus den Quellen nicht zu beweisen. Uebrigens hat er selbst in seinem Gajus S. 72. Einiges retractirt.

18) Fr. 1. 2. D. de stipul. praetor. (46. 5), fr. 5. pr. D. de verb. obl. (45. 1), tit. J. de divis. stipul. (3. 18).

besonders die Bekräftigung des Gelöbnisses durch den Eid [19]). Dieser galt nicht blos im öffentlichen sondern auch im Privatrecht als das stärkste und unverbrüchlichste Band [20]), welches nicht blos durch Religion und Sitte, sondern auch durch leges sacratae [21]) und die censorische Strenge geschützt war [22]). Nach der später eingetretenen Trennung zwischen Religion und Recht war der Eid auf die juristische Natur des beschworenen Versprechens ohne Einfluss [23]), und diente nur als eine Verstärkung für das Gewissen. Eine Ausnahme litt dieses bei dem eidlichen Versprechen von operae von Seiten eines Freigelassenen gegen seinen Patron [24]), wahrscheinlich weil das ganze Verhältniss der Clientel vorherrschend als ein auf das Gebiet des Civilrechts herüber gezogener moralischer Stoff angesehen wurde. Später nahmen auch die Kaiser in einzelnen Fällen doch auf den Eid Rücksicht [25]).

618. Ein sehr gewöhnliches Sicherungsmittel war die Bestellung von Bürgen. Diese waren nach den beim Contracte gebrauchten Ausdrücken entweder Sponsoren oder Fidepromissoren oder Fidejussoren [26]). Die beiden Ersteren unterschieden sich von den Letzteren darin, dass Jene nur für eine Verbalobligation, Diese für jede Art von Verbind-

19) Davon handeln: Lasaulx über den Eid bei den Römern (Studien. 1854. S. 208—232.), Jhering Geist des röm. Rechts I. 262—267. 327., Danz Sacraler Schutz S. 13—101.

20) Dionys. I. 40.

21) Man sehe darüber §. 160.

22) Cicero de off. III. 31. Nullum enim vinculum ad adstringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant leges in XII tabulis, indicant sacratae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides, indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iure iurando iudicabant.

23) Fr. 7. §. 16. D. de pact. (2. 14).

24) Gaius epit. II. 9. §. 4., fr. 44. D. de liber. caus. (40. 12), fr. 7. pr. §. 1. 2. 3. D. de oper. libert. (38. 1). Hieraus will Schilling Institutionen Th. III. §. 277. einen eigenen Verbalcontract machen.

25) C. 1. C. si adv. vendit. (2. 28).

26) Gaius III. 115. 116. Dazu vergleiche man Huschke Gajus S. 70—93.

lichkeit, selbst für eine blos natürliche, bestellt werden konnten[27]). Ihnen allen gemeinschaftlich war aber, dass der Schuldner, welcher Bürgen bestellen wollte, die Summe wofür und die Zahl der Bürgen öffentlich bekannt machen musste[28]). Auch hatte eine lex Cornelia für alle drei Arten die Beschränkung eingeführt, dass sich Keiner für denselben Schuldner bei demselben Gläubiger in demselben Jahr für mehr als zwanzigtausend Sestertien verbürgen durfte[29]).

619. Die Wirkung der Bürgschaft war darin im alten Recht sehr strenge, dass es ganz im Willen des Gläubigers stand, ob er den Bürgen oder den Hauptschuldner belangen wollte; hatte er aber Letzteres gewählt, so wurde Jener frei[30]). Später ist jedoch sowohl der eine[31]) wie der andere Grundsatz geändert worden[32]). Hat der Bürge zahlen müssen, so kann er vom Hauptschuldner mit der Mandatsklage Ersatz verlangen; die Sponsoren hatten dafür ausserdem durch die lex Publilia die actio depensi, die fast alle Vorzüge der actio iudicati besass[33]). Waren für eine Schuld mehrere Bürgen bestellt, so konnte ursprünglich Jeder nach der Wahl des Gläubigers aufs Ganze belangt werden, und der, den es traf, konnte sich nur am Schuldner erholen. Die lex Furia setzte jedoch unter den Sponsoren und Fidepromissoren eine Theilung der Klagen fest, und eine Epistel Hadrians dehnte dieses auch auf die Fidejussoren aus, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass

---

27) Gaius III. 118. 119.

28) Gaius III. 123.

29) Gaius III. 124. 125.

30) Cicero ad Att. XVI. 15., Paul. sent. rec. II. 17. §. 16. Der Grund dieses Rechtssatzes ergiebt sich aus Gaius III. 180. 181. Die Stelle des Cicero und was damit zusammenhängt behandelt Huschke in Savigny Zeitschr. XIV. 42—70.

31) C. 4. C. quando fisc. (4. 15), nov. 4. c. 1.

32) C. 28. C. de fideiuss. (8. 41).

33) Gaius III. 127. IV. 9. 32. 102. 171. 186. Davon handelt Rudorff in Savigny Zeitschr. XIV. 355—364.

sie zahlungsfähig wären[34]). Schon vor der lex Furia hatte eine lex Apuleja den Sponsoren und Fidepromissoren unter einander wegen dessen, was Einer über seinen Antheil hinaus zahlen musste, einen Regress gegeben, und dieses Recht dauerte für die Sponsoren und Fidepromissoren in den Provinzen auch nach der lex Furia fort, indem diese blos für Italien erlassen war. Später wurde aber die Epistel Hadrians auch auf sie ausgedehnt, und dadurch das Recht der lex Apuleja überflüssig gemacht. Doch blieb noch immer der Unterschied, dass in Italien, wenn Einer der Sponsoren oder Fidepromissoren insolvent wurde, dieses nach der lex Furia zum Nachtheil des Creditors war; hingegen bei denen in den Provinzen und bei den Fidejussoren überhaupt mussten die Anderen den Ausfall übernehmen[35]). Endlich galt auch noch die Verschiedenheit, dass bei den Sponsoren und Fidepromissoren die Verbindlichkeit nicht auf die Erben übergieng, und selbst in der Person des Bürgen nach der lex Furia in Italien nur zwei Jahre dauerte; beides war bei den Fidejussoren anders[36]). Alle diese Verschiedenheiten hörten jedoch im Justinianischen Recht auf, und hier ist nur noch von Fidejussoren die Rede[37]). Bürgschaften und überhaupt Intercessionen eines Weibes waren seit August für den Ehemann, dann seit dem Vellejanischen Senatusconsult unter Claudius jür Jeden mit geringen Modificationen ungültig erklärt[38]).

---

34) Gaius III. 121.

35) Gaius III. 121. 122., Paul. sent. rec. I. 20. §. 1.

36) Gaius III. 121. Eine eigenthümliche Auslegung giebt davon Rudorff in Savigny Zeitschr. XIV. 439—442. Die sponsores und fidepromissores, meint er, seien biennio nicht schlechthin liberirt worden, sondern nur in dem Falle, wenn sie sich beim Käufer eines praedium Italicum für die Gewährleistung des Verkäufers verbürgt hätten. Dieses widerlegt aber Huschke Gajus S. 85—87.

37) Tit. J. de fideiuss. (3. 20).

38) Fr. 1. D. ad SC. Velleian. (16. 1), c. 24. C. ad SC. Velleian. (4. 29), nov. 134. c. 8. Davon handelt Bachofen Das Vellejanische Senatusconsult (Ausgewählte Lehren S. 1—58).

620. Endlich gehört hieher die Sicherheitsbestellung durch Pfänder. Dafür gab es eine dreifache Rechtsform: die fiducia, das pignus und die Hypothek [39]). Durch die fiducia [40]) wurde das quiritische Eigenthum bis zur Wiedereinlösung innerhalb der festgesetzten Frist [41]) auf den Creditor übertragen; doch konnte der Schuldner als Miethmann oder bittweise im Besitz bleiben, und die Wiedererlangung des quiritischen Eigenthums war ihm durch eine eigenthümliche usureceptio erleichtert [42]). Diese Form kam wahrscheinlich auch bei den Sicherheitsbestellungen an den Staat durch Bürgen und Pfänder zur Anwendung [43]). Hierüber gab es mancherlei eigenthümliche Rechtsbestimmungen, deren Inbegriff das prädiatorische Recht hiess [44]). Namentlich gehörte dazu eine besondere usureceptio, die dem expropriirten Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks gegen den prädiator, der dasselbe vom Volke ersteigert hatte, zustand [45]).

621. Weit weniger umständlich ist das Faustpfand, wo man dem Gläubiger die Sache ohne Weiteres als Unterpfand in die Hand giebt. Dieses Verfahren liegt so nahe, dass man es bei beweglichen Sachen als das gewöhnliche annehmen kann. Am einfachsten aber ist die Hypothek, wo man dem Gläubiger durch ein blosses pactum eine Sache, woran er sich halten könne, anweist. Diese ist wahrschein-

39) Diese drei nennt neben einander Isidor. Orig. V. 25. Davon handelt Rudorff Ueber die Pfandklagen (Savigny Zeitschr. XIV. 181 —247). Seine Darstellung ist jedoch in dem, was sie für die Rechtsgeschichte Eigenthümliches hat, keineswegs überzeugend.

40) Man sehe darüber §. 603.

41) War diese verstrichen, so hiess es: commissa est fiducia, Cicero pro Flacco 21.

42) Gaius II. 60. III. 201. Man vergleiche Kap. XIV. Note 29.

43) Praedibus et praediis, Livius XXII. 60., Festus v. praes, manceps, Varro de ling. lat. V. 40. VI. 74., (Ascon.) in Verr. I. 54. 55.

44) Ius praediatorium, Cicero pro Balbo 20., ad Attic. XII. 14. 17., Valer. Max. VIII. 12, 1., Sueton. Claud. 9.

45) Gaius II. 61. Davon handelt Huschke in Savigny Zeitschr. XIV. 267—273.

lich aus dem Recht der Peregrinen ins römische Recht aufgenommen worden[46]). Das pactum als solches wirkte aber nur, so lange die Sache sich im Eigenthum des Schuldners befand; gegen den dritten Erwerber entstand daraus keine Klage. Doch wurde eine solche für einen einzelnen Fall von dem Prätor Servius gestattet, und dieses später im Edict auf alle Hypotheken ausgedehnt[47]). Auf gleiche Art entstand für die Hypotheken ein eigenes possessorisches Rechtsmittel, das Salvianische Interdict[48]). Beim Faustpfand war ein Klagrecht gegen Dritte kein so dringendes Bedürfniss; doch wurde auch bei diesem die Quasi-Servianische Klage eingeführt[49]). Das Faustpfand und die Hypothek stimmten von da an in den wesentlichen Punkten überein.

622. Der Grundbegriff bei Beiden ist, dass die Sache selbst für die Forderung obligirt sei, und nöthigenfalls zahlen müsse. Daraus folgt wesentlich, dass der Gläubiger auf Umwandlung der Sache in Geld durch Verkauf klagen kann[50]). Der Verkauf muss jedoch im Interesse des Debitors unter bestimmten Formalitäten durch öffentliches Ausgebot geschehen[51]). Früher konnte zwar bedungen werden, dass die Sache nach Ablauf der Frist dem Gläubiger ohne Weiteres für die Schuld verfallen sollte; allein seit Constantin ist eine solche commissoria lex ungültig[52]).

623. Die Hypotheken setzten nicht immer ein ausdrückliches pactum voraus, sondern es gab Verhältnisse,

46) Cicero ad famil. XIII. 56.

47) §. 7. J. de action. (4. 6), Theophil. IV. 6. §. 7.

48) Gaius IV. 147., §. 3. J. de interd. (4. 15), fr. 1. 2. D. de Salv. interd. (43. 33), c. 1. C. de precar. (8. 9).

49) §. 7. J. de action. (4. 6), Theophil. IV. 6. §. 7. Auf diese Klage beziehen sich fr. 16. §. 3. fr. 17. D. de pignor. (20. 1).

50) Gaius II. 64., Paul. sent. rec. II. 13. §. 5., fr. 4. D. de pigner. act. (13. 7).

51) Sueton. Claud. 9., c. 4. C. de distr. pign. (8. 28), fr. 63. §. 4. D. de acq. rer. domin. (41. 1), c. 3. C. de iure domin. impetr. (8. 34).

52) C. 3. C. de pact. pign. (8. 35).

wo der Gläubiger stillschweigend und von Rechtswegen eine Hypothek erwarb. Fälle dieser Art finden sich schon bei Juristen des zweiten Jahrhunderts [53]); andere sind durch Senatusconsulte und kaiserliche Constitutionen, besonders viele durch Justinian, eingeführt worden. Solche gesetzlichen und vertragsmässigen Hypotheken konnten sich auch auf das ganze Vermögen beziehen, so dass alles, was der Schuldner erwarb, auch wenn er es wieder veräusserte, der Hypothek unterworfen blieb [54]). Dadurch entstand um so mehr für dritte Personen die Gefahr, dass sie unwissentlich eine Sache kauften, die ihnen nachher mit der hypothecarischen Klage wieder abgefordert wurde. Das sicherste Mittel dagegen wäre die Einschreibung der Hypotheken in öffentliche Register gewesen; allein auf diese Erfindung kamen die Römer nicht, sondern sie gründeten die Sicherheit blos auf eine Strafdrohung wider den Schuldner, der die Sache mit Verschweigung der darauf ruhenden Hypotheken verkaufen würde [55]). Eine andere Collision entstand, wenn dieselbe Sache zu gleicher Zeit verschiedenen Creditoren hypothecirt war. Den gewöhnlichen Rechtsprincipien gemäss gieng natürlich der ältere vor. Durch die Jurisprudenz [56]), zum Theil auch durch einzelne Provincialrechte [57]) entstanden aber Ausnahmen, welche durch kaiserliche Constitutionen, besonders zur Begünstigung fiscalischer Forderungen [58]) sehr ausgedehnt wurden. Die alte Regel bestand jedoch immer fort. Nun zeigten sich aber Unterschleife darin, dass der Schuldner zur Begünstigung eines Gläubigers dessen Hypothek älter angeben konnte, als sie wirklich war. Um diesem zu begegnen, suchte der Kaiser Leo auf eine mehr förmliche Eingehung des Hypo-

53) Fr. 4. 7. D. In quib. caus. pign. (20. 2).
54) Fr. 47. pr. D. de iure fisci (49. 14).
55) Fr. 3. §. 1. D. de stellion. (47. 20).
56) Fr. 5. D. qui potior. (20. 4).
57) Plinius epist. X. 109. 110.
58) Darüber sehe man Klenze in Savigny Zeitschr. VIII. 379—407.

thekenpacts durch die Vorschrift hinzuwirken, dass unter den vertragsmässigen Hypotheken diejenigen, welche in einer authentischen oder von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde errichtet wären, unbedingt den Vorrang vor den anderen haben sollten [59]).

Sechzehntes Kapitel.

Von der Aufhebung der Obligationen.

---

624. Eine Obligation wird aufgehoben durch Leistung des schuldigen Gegenstandes. Dadurch wird sie unmittelbar und in sich selbst zerstört, als ob sie nie existirt hätte [1]). Verweigerte der Gläubiger ohne Grund die Annahme, so konnte man die Sache nach der geschehenen Oblation bei einer öffentlichen Behörde, wozu man gewöhnlich einen Tempel wählte, deponiren und sich dadurch frei machen [2]). War der schuldige Gegenstand nach Zahl und Pfunden bestimmt, so wurde bei der Abzahlung die Wage gebraucht [3]). Ein ungewöhnliches und eigentlich gewaltsames Zahlungsmittel war, wenn der Staat zuweilen zur Erleich-

---

59) C. 11. C. qui potior. (8. 18).

1) Gaius III. 168., pr. J. quib. mod. obl. tollit. (3. 29).

2) Cicero ad famil. V. 20. XIII. 56., ad Att. V. 21., fr. 7. §. 2. D. de minor. (4. 4), fr. 28. §. 1. D. de admin. et peric. tut. (26. 7), c. 6. 9. 19. C. de usur. (4. 32).

3) Livius VI. 14. Daher die nexi liberatio, Festus v. nexum. Unrichtig ist es, wenn Bachofen Nexum S. 148—159. die solutio per aes et libram und die nexi liberatio als zwei verschiedene Dinge behandelt wissen will. Nexi liberatio heisst nicht, wie er meint, die Tilgung einer durch nexum begründeten Schuld, gleichviel ob dazu aes et libra gebraucht würde oder nicht; sondern es bedeutet eine liberatorische Handlung, wobei Erz und Wage angewendet wird, sei es wirklich oder blos symbolisch. So äussert sich auch Huschke Nexum S. 225.

terung der Schuldner eine Abrechnung und Reduction anordnete [4]).

625. Ferner kann eine Obligation ohne wirkliche Zahlung durch beiderseitige Uebereinkunft dissolvirt werden; nur muss deren Form der Form der Eingehung genau entsprechen [5]). Obligationen, die durch blossen Consens geknüpft sind, werden also durch blossen Dissens wieder aufgelöst [6]). Der Stipulation hingegen muss die eben so formelle Acceptilation [7]), der in der Form des nexum contrahirten Obligation eine in gleiche Form eingekleidete imaginäre Solution entgegengestellt werden, was auch noch auf einige andere Fälle angewendet wurde [8]). Um Obligationen aus Realcontracten und Delicten zu dissolviren, gab es aber keine direct entgegengesetzte Form [9]); beim Diebstahl und bei den Injurien hob jedoch in Folge des alten Civilrechts ein blosses pactum, welches sonst nur eine Exception wider die Klage bewirkte, die Obligation selbst auf [10]).

626. Ferner gehört hieher die Novation, wenn aus dem Stoffe einer Obligation, mit der Absicht diese dadurch abzumachen, eine neue gebildet wird. Dieses kann so geschehen, dass die neue Obligation unter denselben Personen wie die alte fortbesteht, oder so, dass eine neue Person als Schuldner oder Gläubiger eintritt [11]). Auf diese

4) Man sehe §. 201.

5) Fr. 80. D. de solut. (46. 3), fr. 35. D. de regul. iur. (50. 17).

6) Fr. 58. D. de pact. (2. 14), fr. 5. D. de rescind. vend. (18. 5), fr. 80. D. de solut. (46. 3), §. 4. J. quib. mod. obl. tollit. (3. 29).

7) Gaius III. 169—172., §. 1. J. quib. mod. obl. tollit. (3. 29).

8) Gaius III. 173. 174. 175., Cicero de legib. II. 20. 21., Festus v. nexum. Ueber die Ergänzung des Textes von Gajus sehe man Huschke Nexum S. 231. 234. 236., Gajus S. 99.

9) Selbst die Acceptilation half daher nur ope exceptionis, fr. 8. §. 3. fr. 19. pr. D. de acceptil. (46. 4).

10) Fr. 7. §. 14. fr. 17. §. 1. fr. 27. §. 2. D. de pact. (2. 14), fr. 17. §. 16. D. de iniur. (47. 10).

11) Fr. 1. 2. D. de novat. (46. 2), Gaius III. 176—179., §. 3. J. quib. mod. obl. tollit. (3. 29), c. 8. C. de novat. (8. 42).

Weise war es also auch möglich gemacht, eine Obligation auf einen anderen zu übertragen [12]). Immer aber musste die Novation in einen formellen Contract eingekleidet sein, in ein nexum [13]), einen Literalcontract [14]), oder eine Stipulation. Hierin lag denn auch ein Mittel, Obligationen aus Realcontracten und Delicten ganz aufzulösen, indem man sie durch Stipulation in eine neue Obligation umgoss und diese durch Acceptilation aufhob. Auf diesem Wege konnte man selbst mehrere aus ganz verschiedenen Gründen herrührende Obligationen in eine einzige Summe zusammenziehen und mit einemmal aufheben. Die Formel hiefür wurde von ihrem Erfinder Aquilius Gallus, einem Zeitgenossen Ciceros, die Aquilianische Stipulation genannt [15]). Unter den Gesichtspunkt der Novation gehört auch die Aufhebung durch Litiscontestation, wovon noch im Process die Rede sein wird [16]).

627. Neben diesen Fällen, welche eine Obligation gradezu in Nichts auflösen, giebt es Andere, wo sie an sich als fortbestehend gedacht, allein durch eine exceptio unwirksam gemacht wird [17]). Dieser Unterschied war processualisch von grosser Wichtigkeit. Denn im ersten Fall musste der Judex die vorgeschützte Nullität schon kraft seines Officiums in Erwägung ziehen, weil er ja erkennen sollte, ob der Beklagte schuldig wäre oder nicht. Im zweiten Falle war das Verhalten des Judex von mehreren Unterscheidungen abhängig [18]). Den Entstehungsgründen nach lassen sich solche Exceptionen grade so betrachten, wie

12) Gaius III. 38. 39., Fragm. Vatic. §. 260.

13) Man sehe §. 616.

14) Gaius III. 128. 129. 130.

15) §. 2. J. quib. mod. obl. tollit. (3. 29), fr. 2. 4. 5. 15. D. de transact. (2. 15).

16) Gaius III. 180. 181., fr. 29. D. de novat. (46. 2).

17) Den Unterschied erwähnt fr. 112. D. de reg. iur. (50. 17), Gaius III. 168. Beispiele giebt Gaius IV. 116., pr. §. 1—6. J. de except. (4. 13).

18) Das Nähere kommt im Gerichtswesen vor.

die Obligationen: keine Begebenheit konnte eine exceptio erzeugen, wenn ihr nicht diese Wirkung vom positiven Rechte beigelegt war. Daher waren die Exceptionen wie die Obligationen entweder vom Civil- oder vom prätorischen Recht gegeben[19], und im ersten Falle entweder nach einer mehr künstlichen civilrechtlichen Ansicht[20]), oder nach allgemeinen Billigkeitsrücksichten gebildet[21]). Die exceptio wirkt nach der Eigenthümlichkeit der Verhältnisse entweder blos gegen das entgegenstehende Klagrecht, so dass doch die Obligation als eine natürliche anerkannt bleibt; oder sie macht dieselbe ganz und gar kraftlos[22]). Im letzten Falle ist die Obligation in der That nur noch ein leerer Name[23]).

628. Zu der Aufhebung durch Exceptionen gehört auch die Compensation; doch gab es dabei eine Unterscheidung.* Ist die Hauptklage eine actio bonae fidei, so hat der Judex die dagegen vorgeschützte Compensation, wenn sie auf demselben, später selbst wenn sie auf einem verschiedenen Rechtstitel beruht, schon kraft seines Officiums in Anschlag zu bringen[24]), und die Forderungen von dem Augenblicke an, wo sie sich gegenüber traten, als von Rechtswegen sich deckend anzusehen[25]). Ist sie

19) Gaius IV. 118., §. 7. J. de except. (4. 13).

20) So die exceptio SC. Macedoniani.

21) So die exceptio SC. Velleiani und Trebelliani, fr. 1. §. 2. fr. 2. §. 1. D. ad SC. Vellei. (16. 1), fr. 1. §. 2. D. ad SC. Trebell. (36. 1).

22) Fr. 40. pr. D. de cond. indeb. (12. 6), fr. 9. §. 5. fr. 10. D. de SC. Maced. (14. 5), fr. 16. §. 1. D. ad SC. Vellei. (16. 1), fr. 42. D. de iureiur. (12. 2).

23) Fr. 25. D. de verb. obl. (45. 1), fr. 95. §. 2. D. de solut. (26. 3).

24) Gaius IV. 61. 62. 63., Paul. sent. rec. II. 5. §. 3., §. 30. J. de act. (4. 6). Im §. 39. J. cod. sind die Worte: ex eadem causa aus Gajus irrig stehen geblieben. Theophilus lässt sie richtig weg.

25) C. 4. C. de compens. (4. 31). Ipso iure ist hier nicht im Gegensatz von per exceptionem gemeint; es bezeichnet nur, dass die Aufrechnung von selbst, ohne eine Handlung der Partheien vor sich gehe. So auch im fr. 4. 10. pr. D. de compens. (16. 2).

hingegen stricti iuris, so muss man, wenn die Forderung an sich richtig ist, zahlen, und kann sich auf eine entstandene Gegenforderung nicht berufen. Erst Marcus Aurelius liess dieses in der Form einer exceptio doli zu [26]). Justinian endlich gestattete die Compensation ganz allgemein, auch bei dinglichen Klagen [27]). Eine besondere Anwendung der Compensation war die Deduction zwischen dem Argentarius und demjenigen, womit er über eingenommene und ausgelegte Gelder in Abrechnung stand, und die Deduction, welche dem Ansteigerer einer Concursmasse von Seiten eines Schuldners derselben, welcher aber auch etwas von ihr zu fordern hatte, entgegengestellt wurde [28]).

Siebzehntes Kapitel.

Das Erbrecht.

629. Die Römer erfassten das Haus, die familia, als eine Einheit, welche unter dem Hausvater sowohl die ihm untergebenen Personen als das Vermögen begriff [1]). Der Gedanke dieser Einheit war so mächtig, dass das Vermögen als Nachlass des verstorbenen Hausvaters gedacht auch noch als eine Einheit betrachtet und familia genannt wurde [2]). Daran schloss sich von selbst der Grundbegriff der

26) §. 30. J. de act. (4. 6).

27) C. 14. C. de compens. (4. 31), §. 30. J. de act. (4. 6). Was unter ipso iure in diesen Stellen gemeint sei, ist zweifelhaft. Ein scharfsinniger Erklärungsversuch von Bethmann - Hellweg steht im Rhein. Museum I. 272—279.

28) Gaius IV. 64—68.

1) Fr. 195. §. 1. 2. de verb. sign. (50. 16), c. 5. C. de verb. sign. (6. 38).

2) So schon in den zwölf Tafeln, Cicero de invent. II. 50. Andere Zeugnisse giebt Gaius II. 102. 104. 105. 109.

haereditas, als der Nachfolge in alle Vermögensverhältnisse, so wie sie unter dem Erblasser gewesen waren [3]). Die Ordnung der Erbfolge in der ältesten Zeit ist durchaus unbekannt. Die Stärke des Familien- und Gentilitätverbandes, der Name und das eigenthümliche Verhältniss der sui heredes [4]), die noch später bezeugte eigenthümliche Beschränkung der Weiber zu testiren, machen es zur Gewissheit, dass ursprünglich die Rechte des Mannsstammes am Nachlass fest versichert und die Freiheit zu testiren sehr eingeschränkt war. Als die veränderten Zustände und das Uebergewicht des plebejischen Elementes die Aufrechthaltung der alten Ordnung als Zwangsrecht unmöglich machten, schlugen die zwölf Tafeln den grade entgegengesetzten Weg ein. Sie sprachen den Grundsatz der unbedingten Testirfreiheit aus [5]), und legten so die Art, wie man das Interesse seiner Familie und des Bauernhofes bestellen, oder damit seine natürlichen Affectionen in Einklang bringen wollte, in eines Jeden Hand. Dieses Recht, durch seinen Willen in so unbedingter Weise wie durch ein Gesetz auch auf die Verhältnisse nach seinem Tode einzuwirken, wurde nicht als sich von selbst verstehend, sondern als ein den römischen Bürgern gewährter Vorzug und als ein Stück des öffentlichen Rechts angesehen [6]).

630. Wenn der Verstorbene über seinen Nachlass nicht verfügt hatte, trat die Erbfolge nach dem Gesetz ein. Man gieng dabei von dem Gesichtspunkte aus, dass wenn Einer sich der ihm gewährten Willensfreiheit nicht bedient hätte, so sei es ihm gleichgültig oder er ordne seinen Willen unbedingt demjenigen unter, wie das Gesetz über den Nachlass verfüge, und dieses könne nun nach seinem freien

3) Fr. 24. D. de verb. sign. (50. 16).

4) Gaius II. 157., Paulus in Coll. leg. Mos. XVI. 3. §. 5. 6.

5) Ulpian. XI. 14., Gaius II. 224., Cicero de invent. II. 50.

6) Fr. 3. D. qui testam. facere (28. 1). Testamenti factio non privati, sed publici iuris est. — Lex Falcidia cap. II. in fr. 1. pr. D. ad l. Falcid. (35. 2). Pecuniam iure publico dare legare. — Gaius II. 104. Testamentum facere secundum legem publicam.

Ermessen die Erbfolge regeln. Die zwölf Tafeln hielten dafür die überlieferte Maxime fest, das Vermögen beim Stamme und bei der gens zu erhalten. Die älteste Successionsordnung ist daher nicht aus dem Standpunkt der natürlichen Affection, sondern wesentlich als eine politische Institution aufzufassen [7]). Jene Präsumtion war aber doch nur dann gerechtfertigt, wenn der Erblasser schlechthin ohne jede Willensäusserung verstorben war. Hatte er Einen auf einen Theil zum Erben eingesetzt und nur über den Rest nicht verfügt, so war es gewiss, dass er nicht ohne einen Willen verstorben war, und dass er nicht dem Willen des Gesetzes unbedingt den Platz hatte einräumen wollen; es lag daher seiner vermuthlichen Absicht näher, dem Eingesetzten auch diesen Rest zuzuweisen [8]).

631. Die Freiheit der letztwilligen Verfügung war nur in einem Punkte beschränkt: der letzte Wille musste in der gesetzlichen einseitigen Form ausgesprochen und hinterlassen sein, sonst wurde er nicht beachtet. Eine solche förmliche Erklärung hiess ein Testament [9]). Die Ernennung eines Erben in einem Vertrag galt als nichtig und unwirksam, so dass dadurch weder die Testamentsfreiheit aufge-

7) Gewöhnlich stellt man die Intestaterbfolge unter den Gesichtspunkt des vermuthlichen Willens des Verstorbenen, also eines präsumtiven Testaments. So thut selbst Savigny System I. §. 57. VIII. S. 295. 303. Allein dieses ist für das älteste Recht durchaus falsch. Denn wie verträgt sich damit, dass die Mutter nicht von ihren eigenen Kindern, der Grossvater nicht von den Kindern seiner verstorbenen Tochter beerbt wurde, und dass der entfernteste Agnat denselben vorgieng?

8) Cicero de invent. II. 21. Unius enim pecuniae plures, dissimilibus de causis, heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset. — Fr. 7. D. de regul. iur. (50. 17). Ius nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. — Auf die obige Weise wird dieser Satz, womit man sich so quält, sehr ungezwungen erklärt. Der neueste Erklärungsversuch von Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 21. ist durchaus nichtssagend.

9) Fr. 1. D. qui testam. facere (28. 1), Ulpian. XX. 1.

hoben wurde, noch aus dem Geschäft auf den Nachlass geklagt werden konnte [10]). Dieses beruhte auf mehreren feinen und scharfsinnigen juristischen Gründen [11]). Vielleicht wirkte auch der Gedanke mit, dass die testamenti factio als eine vom öffentlichen Recht gewährte Freiheit selbst durch einen Vertrag des interessirten Theils nicht beschränkt werden dürfe.

632. Die Erbfolge gründet sich also entweder auf ein Testament oder auf das Gesetz. Daneben ist noch ein dritter Fall möglich, nämlich dass zwar ein letzter Wille vorliegt, allein aus gewissen Gründen angefochten werden kann. Die Grundlage der gesetzlichen Bestimmung für alle drei Fälle bildete das alte Civilrecht. In dasselbe griff aber auch das prätorische Recht in einer eigenthümlichen Weise ein, indem das Edict, unter bestimmten von ihm bezeichneten Voraussetzungen, den sich Meldenden den Besitz eines Nachlasses anbot und daran rechtliche Wirkungen knüpfte. So entstand neben der civilrechtlichen Erbfolge ein Erbsystem durch Gewährung der bonorum possessio [12]). Die Fälle dieser Letzteren stimmten theils mit dem civilrechtlichen Erbsystem überein, so dass der Civilerbe sich dann auch des prätorichen Rechts bedienen konnte, um desto schneller zum Besitz der Erbschaft zu gelangen; theils giengen sie aber über das Civilrecht hinaus, indem das Edict den Besitz auch anderen Personen in Ermanglung von Civilerben, ja selbst neben solchen anbot, und es darauf ankommen liess, ob diese ihr näheres Recht geltend machten oder nicht [13]). Solche Bestimmungen gab es im

10) C. 15. C. de pact. (2. 3), c. 34. C. de transact. (2. 4), c. 5. C. de pact. conv. (5. 14). Eine Ausnahme galt blos zu Gunsten der Soldaten, c. 19. C. de pact. (2. 3).

11) Diese sind in meinem Deutschen Privatrecht §. 425. genau entwickelt.

12) Die neuesten Schriften darüber sind: Fabricius Ursprung der bonorum possessio. Berlin 1837., Leist Die bonorum possessio. Göttingen 1844. 2 Th.

13) Daher der Unterschied von bonorum possessio cum re und

Edicte schon zur Zeit Ciceros; die erste Entstehung und Veranlassung derselben ist aber nicht zu ermitteln [14]). Später griffen auch die kaiserlichen Constitutionen in das Erbrecht ein und setzten das, was das Edict begonnen hatte, fort. Diese drei Elemente, das alte Civilrecht, das prätorische Recht und das neue Civilrecht sind daher bei jedem Institute nachzuweisen.

Achtzehntes Kapitel.

Von den Testamenten.

---

633. Zur Errichtung der Testamente [1]) dienten in der ältesten Zeit die Comitien der Curien, welche zweimal im Jahr diesem Zwecke ausschliesslich bestimmt waren [2]). Dadurch waren die Familien- und Gentilitätsrechte unter den Schutz der Bürgerschaft gestellt, und konnten durch einen etzten Willen nur mit Zustimmung derselben alterirt werden. Seit den zwölf Tafeln verwandelte sich dieses allerdings in eine leere Form. Auch konnten nun die Plebejer in dieser Weise testiren [3]). Eine andere alte Form war die Erklärung in procinctu, vor dem zur Schlacht gerüsteten Kriegsheer [4]), zwischen den dann Statt findenden Auspicien und religiösen Gebräuchen [5]). In dieser Form konnten auch die Ple-

---

sine re, Gaius II, 148. 149. III. 35—38.. Ulpian. XXIII. 6. XXVI. 8. XXVIII. 13.

14) Die mancherlei Vermuthungen darüber findet man bei Leist S. XXIII — XXXVI., Danz Geschichte des röm. Rechts II. §. 150., Rein Privatrecht S. 839. 840.

1) Die Literatur giebt Rein Privatrecht S. 786.

2) Man sehe §. 24. Note 74.

3) Man sehe §. 50. Note 11. §. 68.

4) Gaius II. 101., Theophil. II. 10. §. 1., Festus v. in procinctu, Plutarch. Coriolan. 9., Vell. Pat. II. 5.

5) In den von Angelo Maje 1818 edirten Scholiasten zu Virgil

bejer schon vor den zwölf Tafeln testiren. Für den Fall dass eben keine Comitien oder kein gerüstetes Heer waren, war blos die Aushülfe möglich, dass man Haus und Hof in der Form des nexum einem Anderen übertrug, und diesem auferlegte, was etwa nach dem Tode mit einzelnen Sachen geschehen sollte [6]). Ursprünglich war dieses vorherrschend ein Geschäft unter Lebenden. Später machte man aber daraus ein wahres Testament [7]). Man behielt die Mancipation, die fünf Zeugen, den libripens und den familiae emtor bei; allein die Mancipation an diesen war nur ein Schein; die Hauptsache war die darauf folgende nuncupatio, das heisst dass der Testator die beschriebenen Wachstafeln als seinen letzten Willen enthaltend vorzeigte und darüber die Zeugen anrief [8]). Diese Tafeln mussten dann zur Beglaubigung für die Zukunft von den fünf Zeugen, denen sich regelmässig auch der libripens und familiae emtor anschlossen, nach der damals üblichen Form [9]) aus-

---

findet sich eine hieher gehörende Stelle, welche Blume aus der Handschrift noch verbessert hat. Sabidius Commentar. XII. salior. „Ut in exercitu . . . in imperiumque, erat in tabernaculo in sella sedens auspicabatur coram exercitu, pullis e cavea liberatis . . . cum circa sellam suam . . . *ob*nuntiato a . . . pullum . . . mum quisquis . . . tripudi . . . ntia. Silentio deinde facto, residebat et dicebat: Equites et pedites nomenque Latinum quicunque cincti armati paludatique adestis, sicuti tripudium sinistrum solistimum quisquis vestrum viderit . . . Deinde . . . *ob*nuntiato . . . nti placet a legionibus invocarentur, faciantque quod iis imperabitur fidemque m . . . ducat salutareque siet. Viros voca proelium ineant. Deinde exercitu in aciem educto, iterum . . . tur. Interim ea mora utebantur, qui testamenta in procinctu facere volebant."

6) Gaius II. 102. 103., Theophil. II. 10. §. 1., Festus v. nexum, nuncupata.

7) Davon handeln: Savigny Beitrag zur Gesch. der Röm. Testamente (Zeitschr. I. 78—95., Verm. Schriften I. 127—150), Leist Bonorum possessio I. 143—200. II. 1, 265—270. II. 2, 80—113., Bachofen Geschichte und letzte Gestalt des Mancipations-Testamentes (Ausgew. Lehren S. 245—321).

8) Gaius II. 103—106., Ulpian. XX. 2—9., Theophil. II. 10. §. 1., Isidor. Orig. V. 24.

9) Diese Form beschreiben Bachofen S. 279—285., Rein Privatrecht S. 791.

wärts unter Beifügung des Namens neben dem Siegel obsignirt werden[10]. Unter den Kaisern war nur noch diese Form im Gebrauch[11].

634. Eine wichtige Milderung entstand aber durch das prätorische Recht[12]. Zuerst erklärte der Prätor blos, aus einem mit der nach dem Civilrecht erforderlichen Zahl von Siegeln obsignirten Testament die bonorum possessio ertheilen zu wollen[13], indem es nun dem Interessenten überlassen war, den etwaigen Mangel der anderen Formalitäten nachzuweisen, und deshalb den ertheilten Besitz wieder rückgängig zu machen. Hieran schloss sich, dass der Prätor in Ermanglung civilrechtlicher Intestaterben, also doch neben prätorischen Erben, aus einem von der üblichen Zahl von sieben römischen Bürgern als Zeugen obsignirten Testamente, wenn es auch aus andern Gründen, wie wegen mangelnder Mancipation oder Nuncupation, ungültig wäre, die bonorum possessio zu ertheilen versprach[14]. Ein eigentliches Testament war dieses dadurch nicht, weil es die Intestaterben nicht ausschloss. Dieses änderte sich aber durch ein Rescript des Antoninus, welches aus einer solchen Scriptur gegen die vindicirenden Intestaterben eine exceptio doli gestattete[15]. Dadurch kam nun dor Begriff eines prätorischen Testamentes auf[16].

635. Im Fortschritt der Zeit traten noch folgende

10) Dieses ergiebt sich aus Sueton. Tiber. 23. Nero 17., Paul. sent. rec. IV. 6. §. 1. Dass dieses von Anfang an ein Requisit des Civilrechts war, zeigen Leist Bonorum possessio I. 155–167., Bachofen S. 256–264. Ueber die Zahl der fünf oder sieben signa sehe man Leist I. 168. II. 2, 88–94.

11) Ulpian. XX. 2., Gaius II. 103.

12) Ich folge darin jetzt der Darstellung von Leist, welche ich früher, wo sie noch nicht vollständig vorlag, bestritten habe.

13) Cicero in Verr. II. 1, 45. Tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet.

14) Ulpian. XXIII. 6. XXVIII. 6., Gaius II. 119. 147—151.

15) Gaius II. 120—122.

16) Paull. in Coll. leg. Mos. XVI. 3, 1. Iure praetorio factum testamentum.

Veränderungen ein. Die auf die Mancipation folgende allgemeine Nuncupation verlor sich, und es trat das Vorlesen des Inhaltes selbst an die Stelle, was seine Bedenklichkeiten hatte [17]. Um so mehr liess man allmählig auch die Mancipation selbst weg [18], wodurch der libripens und familiae emtor wegfielen und nur die fünf Zeugen blieben. Ferner kam der Gebrauch auf, dass die Zeugen ausser der Adscription neben dem signum auf der Aussenseite [19], auch im Inneren des Testamentes selbst subscribirten, was wohl mit dem Verlesen des Inhaltes zusammenhängt [20]. Mit diesen Veränderungen bestanden beide Formen, die civilrechtliche mit fünf, und die prätorische mit sieben Zeugen noch eine Zeitlang neben einander [21]. Theodosius II. erliess aber (439) über die Testamente ein neues weitläufiges Gesetz, wodurch er die erste aufhob. Danach sollte die Scriptur sieben dazu rogirten Zeugen als das Testament vorgezeigt, und vom Testator und ihnen subscribirt werden, jedoch so eingerichtet werden können, dass ihnen der Inhalt verheimlicht bliebe [22]. Dieses Gesetz nahm auch Justinian in seine Sammlung auf [23]. Eine von ihm hinzugefügte neue Formalität [24] schaffte er selbst später wieder ab [25]. Im Abendlande erkannte noch Valentinian III. (446) jene

---

17) Dieses sagt nov. Theodos. II. tit. XVI. de testam. §. 1.

18) Anderer Ansicht ist Bachofen S. 287—292. Er erneuert die schon von Cujacius aufgestellte Meinung, die Mancipation sei von Constantin positiv aufgehoben worden. Man sehe aber dagegen Savigny Zeitschr. I. 80., Verm. Schriften I. 130.

19) Darauf beziehen sich fr. 22. §. 4. fr. 30. D. qui testam. facere (28. 1). Man sehe Savigny Röm. Recht im Mittelalter II. §. 65.

20) Davon spricht schon die c. 3. C. Th. de testam. (4. 4). Man sehe auch Bachofen S. 295—297., welcher die eigenthümlichen Ansichten von Huschke und Rudorff widerlegt.

21) Dieses zeigen c. 1. 7. §. 2. C. Th. de testam. (4. 4), nov. Valentin. III. tit. XX. de testam. c. 1. §. 2. 4., Isidor. Orig. V. 24.

22) Nov. Theodos. II. tit. XVI. de testam. §. 2—5.

23) C. 21. C. de testam. (6. 23), §. 3. J. de testam. ordin. (2. 10).

24) C. 29. C. de testam. (6. 23), §. 4. J. de testam. ordin. (2. 10).

25) Nov. 119. c. 9.

beiden Formen an[26]), und fügte als eine dritte Form das olographe Testament hinzu[27]). Hierauf wurde zwar (448) die Verordnung des Theodosius II. auch hier publicirt[28]); allein die Praxis hielt sich an das Gesetz Valentinians, so dass hier beide Formen, die mit fünf und die mit sieben Zeugen, im Gebrauch blieben[29]).

636. Neben dem civilrechtlichen schriftlichen Testament, wo die Nuncupation des Erben nur mittelbar durch Beziehung auf die vorgezeigte Scriptur geschah, entstand aber auch ein civilrechtliches mündliches, also ganz eigentlich nuncupatives Testament[30]), und aus einem solchen wurde auch die bonorum possessio[31]) des Nachlasses deferirt[32]). Die sieben dabei wegen der Mancipation thätigen Personen verwandelten sich aber allmählig in sieben gewöhnliche Zeugen[33]), und in dieser Form erhielt sich das mündliche Testament bis ins spätere Recht[34]). Eben daraus entstand aber noch eine andere Form, nämlich die, dass man seinen letzten Willen vor einer Obrigkeit oder der städtischen Curie erklärte und in das Stadtbuch eintragen liess[35]). Uebrigens kamen neben allen diesen gemeinrechtlichen Formen unter den Kaisern noch einige

26) Nov. Valentin. III. tit. XX. de testam. c. 1.

27) Nov. Valentin. III. tit. XX. de testam. c. 2., Isidor. Orig. V. 24.

28) Man sehe §. 446. Note 49.

29) Dieses zeigen die Rechtsmonumente aus der germanischen Zeit, Savigny Zeitschr. I. 90—92., Verm. Schriften I. 141—143.

30) Sueton. vita Horatii in fin., fr. 25. D. qui testam. fac. (28. 1), fr. 58. pr. D. de hered. instit. (28. 5), Theophil. II. 10. §. 14.

31) Man sehe über diesen streitigen Punkt Leist Bonor. possess. I. 188—197. II. 2, 101—103.

32) Fr. 8. §. 4. D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11), c. 2. C. de bon. poss. sec. tab. (6. 11), c. 7. pr. C. Th. de testam. (4. 4).

33) C. 2. C. de bon. poss. sec. tab. (6. 11).

34) Nov. Theodos. II. tit. XVI. de testam. §. 77., nov. Valentin. III. tit. XX. de testam. c. 1. §. 2., c. 21. §. 2. c. 26. C. de testam. (6. 23), §. 14. J. de testam. ord. (2. 10).

35) C. 18. 19. C. de testam. (6. 23), nov. Valentin. III. tit. XX. de testam. c. 1. §. 2. Man sehe Savigny Röm. Recht im Mittelalt. I. S. 107—109.

besondere Formen auf, worunter das Testament der Soldaten die älteste und am meisten begünstigte war[36]).

637. Die Fähigkeit zu testiren war aber vielfach beschränkt. Unfähig war, wer unter einem Gewaltverhältniss stand, ferner Unmündige und Wahnsinnige[37]), gerichtlich erklärte Verschwender[38]), Stumme und Taube[39]), was aber gewiss für das prätorische Recht nicht in Betracht kam und später, wie auch bei Blinden, nur einige besondere Formalitäten nöthig machte[40]). Weiber sollten eigentlich nicht testiren, sondern ihr Vermögen dem Stamme lassen. Man gestattete es ihnen nur dann, wenn sie sich durch eine capitis deminutio von ihrer familia losgesagt hatten, was vermittelst einer Scheincoemtion geschah[41]). Durch ein Senatusconsult unter Hadrian wurde zwar dieser Umweg erlassen[42]); jedoch blieb noch immer die auctoritas des Tutors nothwendig[43]), wiewohl diese, ausser beim Patron und dem Vater als Manumissor, eine leere Form war[44]). So lange jener Umweg im Civilrecht galt, wurde auch im prätorischen Recht darauf gehalten[45]). Später wurde aber aus dem ohne Autorität des Tutors errichteten Testament einer Frau doch die bonorum possessio secundum tabulas ertheilt, und diese wirkte nach dem Rescript des Antoninus auch gegen die Intestaterben, nur nicht gegen den Patron und den Vater als Manumissor, wenn sie nicht ihre auctoritas ertheilt hatten[46]). Die Vestalischen Jungfrauen

36) Gaius II. 109. 110. 114., Ulpian. XXIII. 10., tit. J. de milit. test. (2. 11).

37) Ulpian. XX. 10. 11. 12., Gaius epit. II. 2. §. 1. 2. 3., pr. §. 1. J. quib. non permitt. (2. 12).

38) Ulpian. XX. 13., §. 2. J. quib. non permitt. (2. 12).

39) Ulpian. XX. 13.

40) §. 3. 4. J. quib. non permitt. (2. 12).

41) Gaius I. 115 a., Cicero Topic. 4.

42) Gaius I. 115 a.

43) Gaius II. 112. 113. 118., Ulpian. XX. 15.

44) Gaius I. 190. 192. III. 43.

45) Cicero Topic. 4.

46) Gaius II. 119. 121. 122.

waren aber mit der Tutel von diesen Beschränkungen befreit[47]), und im späteren Rechte hörten sie überhaupt auf. Peregrinen konnten, weil ihnen das commercium fehlte, nicht in der römischen Form, doch aber, wenn sie einer wirklichen Völkerschaft angehörten, nach deren Rechte, künstliche Peregrinen, und selbst ein Junianischer Latiner aber gar nicht testiren[48]); desgleichen nicht der Deportirte und aus dem Lande Gewiesene[49]). Der in der Kriegsgefangenschaft verstorbene Römer hingegen wurde in Beziehung auf ein vorher errichtetes Testament nach der Fiction der lex Cornelia so behandelt, als ob er im letzten Augenblicke der Freiheit verstorben wäre[50]). Dass die Knechte der Republik zur Hälfte über das Ihrige testiren durften, beruht auf einer singulären Bestimmung[51]).

638. Der wesentliche Inhalt eines Testaments bestand in der Ernennung eines Erben[52]). Diese musste nach dem Civilrecht in bestimmten befehlenden Worten geschehen[53]), was erst Constantins Söhne für gleichgültig erklärten[54]). Eine solche Ernennung wirkte, wenn sie nur für einen Theil geschehen und über den Rest nicht verfügt war, doch auch für diesen, weil neben der testamentarischen Succession die Intestatsuccession nicht Platz fand[55]). Nur bei den Testamenten der Soldaten litt dieses eine Ausnahme[56]), weil man dabei überhaupt von den civilrechtlichen Regeln absah. Uebrigens konnte sich aber der Testator selbst

47) Gellius I. 12., Plutarch. Numa 10.

48) Gaius I. 23., Ulpian. XX. 14.

49) Dio Cass. LVII. 22., fr. 8. §. 1. 2. 3. D. qui testam. fac. (28. 1).

50) Ulpian. XXIII. 5., Paul. sent. rec. III. 4 A. §. 8., fr. 12. D. qui testam. fac. (28. 1), §. 5. J. quib. non permitt. (2. 12). Man sehe dazu Hase Postliminium S. 189—212.

51) Ulpian. XX. 16.

52) Gaius II. 229., Ulpian. XXIV. 15.

53) Gaius II. 115—117., Ulpian. tit. XXI.

54) C. 15. C. de testam. (6. 23).

55) Man sehe Kap. XVII. Note 8.

56) Fr. 6. 37. D. de testam. mil. (29. 1).

mehrere Erben ernennen[57]); oder er konnte auch auf den Fall, dass der Eingesetzte nicht erbte, einen zweiten und dritten substituiren[58]); ja man konnte selbst seinem unmündigen Hauskinde auf den Fall, dass es vor erreichter Testamentsmündigkeit sterben würde, einen Erben substituiren[59]). Daraus entstand schon zu Ciceros Zeit die berühmte Rechtsfrage, ob eine solche Substitution nicht auch stillschweigend den Fall in sich begriffe, wo der Vater gar kein Kind hinterliesse[60]), was später Marcus und Verus wirklich bejahend entschieden[61]). Ferner konnte die Erbeinsetzung auch bedingt geschehen[62]). Nur die Bedingung nicht zu heirathen, war nach dem Julischen und Papischen Gesetz unverbindlich[63]), worüber es jedoch, wenn die Bedingung dem überlebenden Ehegatten auferlegt war, kraft einer lex Iulia miscella besondere Bestimmungen gab, woran Justinian Vieles änderte[64]).

639. Die Gültigkeit der Einsetzung war aber natürlich von der persönlichen Fähigkeit des Eingesetzten abhängig. Knechte und Solche, die im mancipium waren, konnten eingesetzt werden; die eigenen mussten jedoch zugleich frei erklärt sein[65]), was erst Justinian als sich von selbst verstehend erliess[66]); bei fremden Knechten bezog sich Alles

57) Fr. 13. §. 1. D. de haered. inst. (28. 5), §. 4—8. J. de hered. inst. (2. 14).

58) Gaius II. 174—178., Ulpian. XXII. 33. 34., tit. J. de vulg. subst. (2. 15).

59) Gaius II. 179—184., Ulpian. XXIII. 7. 8. 9., tit. J. de pupili. subst. (2. 16).

60) Cicero pro Caecin. 18., de orat. I. 39. 57. II. 32., Brut. 53.

61) Fr. 4. pr. D. de vulg. subst. (28. 6).

62) §. 9. 10. 11. J. de hered. inst. (2. 14).

63) Fr. 64. 72. §. 4. fr. 74. 79. §. 4. D. de condit. (35. 1).

64) C. 2. 3. C. de indicta viduit. (6. 40), nov. 22. c 43. 44.

65) Gaius I. 123. II. 185—187., Ulpian. XXII. 7. Darauf bezieht sich Plinius epist. IV. 10.

66) C. 5. C. de serv. necess. (6. 27), pr. §. 1. J. de hered. inst. (2. 14), §. 2. J. qui et quib. ex caus. (1. 6).

auf ihren Herrn[67]). Unfähig waren alle Peregrinen, weil ihnen das commercium fehlte[68]), was jedoch Antoninus Pius im Verhältniss der Kinder zu ihrem Vater, der für seine Person civis geworden war, aufhob[69]). Der Junianische Latiner sollte zwar Kraft einer Bestimmung der lex Junia Norbana aus Testamenten nicht erwerben können; allein die Einsetzung eines Solchen war nicht für nichtig erklärt und daher wirksam, wenn er zur Zeit wo die Erbschaft erworben werden sollte, römischer Bürger war[70]). Ungültig war ferner die Einsetzung einer ungewissen Person[71]), selbst einer Stadt oder Bürgerschaft[72]); später wurde jedoch die Einsetzung der christlichen Gemeinde[73]), Armen[74]), dann auch die einer Stadt[75]), endlich die der ungewissen Personen überhaupt zugelassen[76]). Heidnische Gottheiten konnten nicht instituirt werden, ausser wenn ihnen dieses Recht von Staatswegen beigelegt war[77]). Ungültig nach dem obigen Grundsatz war die Einsetzung eines zur Zeit des Testaments noch nicht Geborenen[78]). Eine Ausnahme machte jedoch die Jurisprudenz, wenn ein Vater sein bereits concipirtes Kind eingesetzt und dessen Geburt nicht mehr erlebt hatte[79]). Aquilius Gallus dehnte die-

67) Gaius II. 189. 190., Ulpian. XXII. 13., §. 1. 2. J. de hered. inst. (2. 14).

68) Ulpian. XXII. 1. 2.

69) Pausanias VII. 43. Die hier erwähnte Constitution ist bisher unbeachtet geblieben.

70) Gaius I. 23. 24. II. 110., Ulpian. XVII. 1. XX. 8. XXII. 3. 8. Man sehe darüber Vangerow Latini Iuniani S. 112.

71) Ulpian. XXII. 4. XXIV. 18., Gaius II. 238. 287.

72) Ulpian. XXII. 5., Plinius epist. V. 7.

73) C. 1. C. de SS. eccles. (1. 2).

74) C. 24. 49. C. de episc. (1. 3).

75) C. 12. C. de haered. inst. (6. 24).

76) §. 25. 27. J. de legat. (2. 20).

77) Ulpian. XXII. 6.

78) Gaius II. 242. 287.

79) Cicero pro Cluent. 11. 12., Ulpian. XXII. 19., Paul. sent. rec. III. 4 B. §. 9.

ses auch auf den von einem verstorbenen Sohne concipirten Enkel aus, dessen Geburt der Testator nicht erlebte[80]. Die lex Iunia oder Iulia Velleia unter August und die sich daran schliessende Jurisprudenz erkannte selbst die Einsetzung eines noch bei Lebzeiten des Testators zur Welt gekommenen postumus, wiewohl dann durch ein neues Testament hätte geholfen werden können, als gültig an, wenn derselbe entweder unmittelbar durch Geburt oder durch Wegfallen eines Zwischengliedes ein Hauskind des Testators geworden war[81]. Die Einsetzung eines fremden postumus blieb aber nach dem Civilrecht ungültig; doch konnte er die bonorum possessio nachsuchen, und endlich erklärte Justinian auch eine solche Einsetzung für gültig[82]. Weiber waren nach der im Jahr 585 erlassenen lex Voconia[83], um die Anhäufung von Vermögen bei ihnen zu erschweren, in der Art beschränkt, dass sie von Einem, der in der ersten Klasse census war, nicht zu Erben eingesetzt werden konnten[84]. Der Census der ersten Klasse war zur Zeit, wo das Gesetz erschien, 100000 Asse, stieg

80) Fr. 29. pr. D. de liber. (28. 2).

81) Ulpian. XXII. 19., fr. 29. §. 5. 6. 7. 11. 12. 15. 16. D. de liber. et postum. (28. 2). Ueber die Zeit der lex sehe man Leist Bonorum possessio I. 230—233. Mommsen in Bekker Jahrbuch 1858. S. 338. folgt auch hier seiner irrigen Grundansicht (§. 438. Note 8).

82) Gaius II. 242., pr. J. de bonor. poss. (3. 9), §. 26. 27. 28. J. de legat. (2. 20).

83) Die neueste Untersuchung hierüber, welche auch die früheren Bearbeitungen genau berücksichtigt, ist von Bachofen Die lex Voconia. Basel 1843. Ueber die Beziehung dieser lex zu anderen Instituten des Erbrechts enthält aber diese Schrift zwar scharfsinnige jedoch zum Theil unhaltbare Meinungen, welche hier nicht berücksichtigt werden können. Man sehe darüber Rudorff in den Berliner Jahrbüchern für wissensch. Kritik 1844. Nr. 57., Mommsen in Richters krit. Jahrbüch. 1845. Heft I.

84) Gaius II. 274., Dio Cass. LVI. 10., Cicero in Verr. II. 1, 41. 42., de re publ. III. 10, (Ascon.) in Verr. II. 1,41., Gellius VII. 13. XX. 1., Augustin. de civit. Dei. III. 21.

aber später auf 100000 Sesterticn[85]). Auch die Einsetzung blos auf einen Theil war ungültig, weil sonst durch das Wegfallen der anderen Miterben der eingesetzten Frau doch das Ganze hätte accresciren können. In Beziehung auf Legate waren aber die Frauen nur denselben Beschränkungen, wie die Männer unterworfen[86]). Uebrigens wirkte das Verbot der lex Voconia auch für das prätorische Erbrecht[87]), kam aber allmählig ausser Gebrauch, und durch die lex Julia und Papia Poppäa wurde ihm vollends alle Anwendung entzogen[88]). Dagegen wurden durch kaiserliche Constitutionen mancherlei andere Beschränkungen eingeführt, die von geringem Interesse sind.

640. Besonders wichtig waren für die Erbfähigkeit die Bestimmungen der lex Iulia (736) und der lex Papia Poppäa (762). Nach der lex Iulia sollte von einem gewissen Alter an Jeder verheirathet gefunden werden, sonst war er weder aus einer Erbeinsetzung noch aus einem Legat zu erwerben fähig[89]), es sei denn dass er noch binnen hundert Tagen heirathete[90]). Nur eine Wittwe oder Geschiedene war während der ersten zwölf oder sechs Monate nach der Auflösung der Ehe von der Vorschrift befreit, welche Termine die lex Papia erweiterte[91]). Auch ein eingegangenes Verlöbniss hob die Strafe auf, nur durfte die Verheirathung ohne zureichende Gründe nicht über zwei

85) Man sehe §. 107. So ist die Verschiedenheit der Zahlen bei den angeführten Schriftstellern zu erklären.

86) Bachefen nimmt zwar mit einigen anderen Schriftstellern ein besonderes Kapitel der lex Vecenla an, welches sich bles auf die Legate an Frauen bezegen hätte. Allein dieses ist, wie auch Mommsen bemerkt, nicht begründet. Damit verliert ein grosser Theil seiner Ausführung seine Unterlage.

87) Fr. 12. §. 1. D. de bon. poss. (37. 1).

88) Dieses hat Bachofen S. 112—119. gut nachgewiesen.

89) Gaius II. 111. 144. 286., Sozomen. hist. eccles. I. 9.

90) Ulpian. XVII. 1. XXII. 3.

91) Ulpian. Tit. XIV.

Jahre verschoben werden[92]). Jener Zwang wirkte aber gegen einen Mann nur bis zum sechzigsten, gegen eine Frau nur bis zum fünfzigsten Jahre; von da an hörten die Strafen auf. Das Senatusconsultum Persicianum prorogirte sie aber über jene Termine hinaus, so dass man selbst, wenn man nun noch heirathete, nicht davon frei wurde. Ein Senatusconsult unter Claudius milderte dieses jedoch wieder zu Gunsten eines Mannes über sechzig, der eine Frau unter fünfzig Jahren heirathete, wegen der dann noch immer möglichen Fruchtbarkeit[93]); nicht aber umgekehrt wenn eine Frau über fünfzig einen Mann unter sechzig Jahren nahm, sondern dann sollte nach einem Senatusconsultum Calvisianum die Ehe selbst dem Manne nichts zur Befreiung von den Nachtheilen helfen[94]). Ferner strafte die lex Papia auch die Kinderlosigkeit von einem gewissen Alter an bis zu sechzig, oder bei einer Frau bis zu fünfzig Jahren[95]) dadurch, dass sie von dem durch ein Testament oder Legat Hinterlassenen nur die Hälfte erwerben konnten[96]). Adoptionen halfen nach einem Senatusconsultum Memmianum unter Nero (814) zur Umgehung des Gesetzes nicht[97]). Endlich konnte nach der lex Julia und Papia einem Ehegatten vom Anderen der Ehe wegen nur ein Zehntheil des Vermögens hinterlassen werden: weiter aber noch ein und mehrere Zehntheile und selbst das Ganze, je nachdem sie in einer früheren Ehe oder mit einander ein oder mehrere Kinder erzielt, oder diese bis zu einem gewissen Alter gross erzogen, oder sie erst kürzlich verloren oder vom Kaiser künstlicherweise das ius liberorum erhalten hatten[98]). Von allen diesen Bestimmungen waren

92) Sueton. Octav. 34., Dio Cass. LIV. 16. LVI. 7., fr. 17. D. de sponsal. (23. 1).

93) Ulpian. XVI. 1. 3., Sueton. Claud. 23.

94) Ulpian. XVI. 4.

95) Tertull. Apol. 4., Ulpian. XVI. 1.

96) Gaius II. 111. 286.

97) Tacit. ann. XV. 19.

98) Ulpian. XV. XVI. 1. Man vergleiche §. 346.

jedoch die Cognaten und Affinen bis zu einem bestimmten Grade ausgenommen[99]). Uebrigens wurde auf diese Gesetze auch im prätorischen Erbrecht gesehen[100]). Endlich hob aber Constantin die Strafen der Ehe- und Kinderlosigkeit[101]), und Theodosius II. die Beschränkung der Ehegatten auf[102]), womit auch die Nachsuchung des künstlichen ius liberorum als überflüssig abgeschafft wurde[103]).

Neunzehntes Kapitel.

Von der Intestatsuccession.

641. In Ermanglung eines Testamentes kam die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung. Diese setzte vor Allem voraus, dass der Verstorbene sui iuris gewesen war. Dann war aber die Succession der Freigeborenen und die der Freigelassenen verschieden. Unter den letzteren Gesichtspunkt gehörte auch die Beerbung eines Emancipirten, indem die Emancipation eine Freilassung aus dem mancipium war. Hier ist also zunächst von der Beerbung eines Solchen zu handeln, welcher auf gewöhnlichem Wege sui iuris geworden war.

642. Die Grundlage derselben war der Begriff der Familie, die auf einer wirklichen oder künstlichen Zeugung

---

99) Fragm. Vatic. §. 158. 214—219., Ulpian. XVI. 1.; Sozomen. hist. I. 9.

100) Fr. 12. §. 1. D. de bon. poss. (37. 1).

101) C. un. C. Th. de infirm. poen. coelib. (8. 16), c. 1. C. de infirm. poen. coelib. (8. 58). Ein kleiner Rest blieb bis Justinian, c. 27. C. de nupt. (5. 4).

102) C. 2. 3. C. Th. de iure liber. (8. 17), c. 2. C. de infirm. poen. coelib. (8. 58).

103) C. 3. C. Th. de iure liber. (8. 17), c. 3. C. de iure liber. (8. 59), nov. 78. c. 5.

beruhende Verwandtschaft mit dem Erblasser [1]). Zunächst kamen also diejenigen, welche in Folge einer Zeugung, Adoption oder manus die haushörigen Erben (sui) des Verstorbenen hiessen [2]). Enkel und entferntere Descendenten, deren Vater oder Grossvater verstorben oder emancipirt war, succedirten nach der Interpretation der Juristen in dessen Stelle und Erbtheil [3]). In Ermanglung haushöriger Erben berief das Gesetz der zwölf Tafeln den nächsten Agnaten, also zunächst den Bruder und die Schwester von demselben Vater her [4]). Gleich nahe theilten immer nach Köpfen; denn ein Eintreten an die Stelle eines Vorgängers war unter Agnaten nicht angenommen [5]); eben so wenig ein Nachrücken des folgenden Grades, wenn der nächste Agnat die Erbschaft nicht antrat [6]). Weibliche Agnaten über die Schwester hinaus waren nicht erbfähig [7]); jedoch soll dieses erst nach den zwölf Tafeln durch die Interpretation der Juristen, in demselben Geiste, woraus auch die lex Voconia hervorgieng, aufgekommen sein [8]). Endlich in Ermanglung eines Agnaten fiel die Erbschaft an die Gentilen [9]). Der Nachlass einer ohne Testament verstorbenen Vestalin wurde aber für den Staat eingezogen [10]).

643. Nach dieser Anordnung beerbten also die eman-

---

1) Man sehe §. 512.

2) Das Nähere erläutert Gaius III. 1—6., Ulpian. XXII. 14. 15. XXVI. 1. 3., Collat. leg. Mos. XVI. 3.

3) Gaius III. 7. 8. 15. 16., Ulpian. XXVI. 2., Collat. leg. Mos. XVI. 3.

4) Ulpian. XXVI. 1., Gaius III. 9—13., Collat. leg. Mos. XVI. 3. 4. 6.

5) Gaius III. 15. 16., Ulpian. XXVI. 4.

6) Gaius III. 12. 22. 28., Ulpian. XXVI. 5., Paul. sent. rec. IV. 8. §. 23.

7) Gaius III. 14. 23., Ulpian. XXVI. 6., Ulpian. in Collat. leg. Mos. XVI. 7.

8) Paul. sent. rec. IV. 8. §. 22., Paul. in Coll. leg. Mos. XVI. 3., c. 14. C. de leg. haered. (6. 58), §. 3. J. de leg. agnat. succ. (3. 2).

9) Gaius III. 17., Collat. leg. Mos. XVI. 3. 4.

10) Gellius I. 12. Man vergleiche damit §. 548. Note 144. 145.

cipirten Kinder ihren Vater nicht; eben so wenig diejenigen, die mit ihrem Vater die römische Civität erhalten, aber nicht zugleich dessen Gewalt untergeben worden waren; selbst die Mutter und ihre Kinder hatten zu einander keine Erbrechte[11]). Diese Unbilligkeiten suchte nun das prätorische Edict auszugleichen, welches den Besitz des Nachlasses nach verschiedenen Abstufungen anbot[12]). Zunächst berief es die Kinder, und zwar nicht wie das Civilrecht blos die Haushörigen, sondern auch solche leibliche Nachkommen, die ohne eine vorgefallene Emancipation haushörige sein würden[13]). Emancipirte Adoptivkinder aber nicht[14]); auch nicht leibliche Kinder, die man einem Anderen an Kindesstatt gegeben hatte[15]); ausgenommen wenn sie von dem Adoptivvater bei Lebzeiten des leiblichen Vaters wieder emancipirt worden waren, wo sie so behandelt wurden, als ob sie vom Letzteren selbst emancipirt wären[16]). Die Vertheilung geschah in dieser Classe wie nach dem Civilrecht. Wenn jedoch ein emancipirter Sohn mit seinen in der Gewalt des Erblassers zurückgebliebenen Kindern concurrirte, so musste er nach einer von Julian dem Edicte hinzugefügten neuen Clausel diesen die Hälfte seines Antheils abgeben[17]). Nach den Kindern wurde der Besitz des Nachlasses denen angeboten, die das Civilrecht als Erben berief; auch die aus den späteren Senatusconsulten fliessenden Erbrechte wurden hier berücksichtigt[18]).

---

11) Gaius III. 18—24.

12) Gaius III. 25., fr. 1. pr. §. 1. 2. D. si tabulae testam. (38. 6).

13) Gaius III. 26., §. 9. J. de heredit. (3. 1), fr. 9. §. 1. D. de bonor. poss. (37. 1), fr. 5. §. 1. D. si tabulae testam. (38. 6). Auch gehört hieher der Fall bei Gaius III. 20., Collat. leg. Mos. XVI. 7.

14) Gaius II. 136., fr. 1. §. 5. 6. 7. fr. 4. D. si tabulae testam. (38. 6), §. 11. J. de heredit. (3. 1).

15) Ulpian. XXVIII. 8.

16) Gaius II. 137., §. 4. J. de exher. liber. (2. 13), §. 10. J. de heredit. (3. 1).

17) Fr. 1. pr. §. 1. 1. 11. fr. 3. D. de coniung. cum emancip. (37. 8), fr. 1. §. 13. D. de ventre (37. 9).

18) Fr. 2. §. 4. D. unde legitimi (38. 7).

Hierauf folgte die Rubrik der Cognaten, welche alle mit einander verwandten Personen bis zum sechsten Grade, und darüber hinaus noch die Kinder der Sobrinen, begriff[19]), ohne Unterschied, ob sie sich als Agnaten beerben konnten[20]), oder durch eine Verminderung des caput die Agnationsrechte verloren hatten[21]), oder durch ein Weib mit einander verwandt waren[22]); daher auch die Kinder im Verhältniss zur Mutter und zu den mütterlichen Verwandten[23]), selbst uneheliche[24]). Adoptivkinder waren zu gleicher Zeit bürgerliche Cognaten in der Adoptivfamilie[25]), und natürliche in ihrer leiblichen[26]). Der Vorzug hieng lediglich von der Nähe des Grades ab; gleich Nahe theilten nach Köpfen[27]). Nach den Cognaten endlich berief das Edict den überlebenden Ehegatten[28]). Meldeten sich die zunächst Berufenen innerhalb der festgesetzten Zeit nicht, so gieng nach dem sogenannten successorischen Edicte das Recht weiter[29]), zuerst innerhalb derselben[30]), dann auch in den darauf folgenden Classen. Gehörte man zu mehreren Classen, so wurde man auch mehrmals berufen[31]). War der

19) Fr. 1. pr. §. 1. 2. 3. fr. 9. D. unde cognati (38. 8), pr. §. 5. J. de success. cognat. (3. 5). Ein Beispiel findet sich schon bei Cicero pro Cluent. 60.

20) Gaius III. 22. 23. 28. 29., §. 3. 7. J. de legit. adgnat. success. (3. 2).

21) Gaius III. 21. 27., Ulpian. XXVIII. 9., fr. 5. D. unde cognati (38. 8), §. 1. J. de success. cognat. (3. 5).

22) Gaius III. 24. 30, §. 2. J. de success. cognat. (3, 5).

23) Fr. 1. §. 9. D. unde cognati (38. 8).

24) Fr. 2. 4. 8. D. unde cognati (38. 8), §. 4. J. de success. cognat. (3. 5).

25) Man sehe §. 546. Note 115.

26) Gaius III. 31., fr. 1. §. 4. D. unde cognati (38. 8), §. 13. J. de heredit. (3. 1), §. 3. J. de success. cognat. (3. 5).

27) Fr. 1. §. 5. 6. 7. 8. 10. D. unde cognati (38. 8).

28) Fr. 1. D. unde vir et uxor (38. 11).

29) Ulpian. XXVIII. 10. 11., fr. 1. pr. §. 8. 10. D. de success. edicto (38. 9), c. 1. 2. C. de success. edicto (6. 16).

30) Innerhalb der zweiten Klasse war jedoch das Aufrücken streitig, Gaius III. 28.

31) Fr. 1. §. 11. D. de success. edicto (38. 9).

Berufene auch nach dem Civilrecht Erbe, so konnte er die Erbschaft antreten und auch die bonorum possessio nachsuchen[32]). War er zwar nicht nach dem Civilrecht Erbe, aber im Edict dem Civilerben gleich oder gar vorangestellt, so schützte ihn der Prätor selbst wider diesen[33]). Hatte hingegen Einer den prätorischen Besitz neben einem Civilerben nachgesucht, der auch diesen Besitz und zwar vor Jenem hätte erhalten können, so schützte der Prätor, wenn dieser Erbe sein Erbrecht geltend machte, Jenen nicht[34]). Uebrigens gab es Fälle, wo der Besitz des Nachlasses nicht durch das Edict, sondern unmittelbar durch ein Gesetz oder Senatusconsult versprochen war[35]).

644. An die Richtung des Edicts schloss sich nun auch das neuere Civilrecht an. Die Mutter, die nach dem alten Rechte gar nicht, nach dem Edict erst in der dritten Classe succedirte, erhielt durch das Tertyllianische Senatusconsult unter Hadrian, vorausgesetzt dass sie eine gewisse Zahl von Kindern oder das künstliche ius liberorum hatte, nähere Erbrechte[36]). Ihr giengen nur vor die haushörigen Erben des Verstorbenen und die nach dem prätorischen Recht diesen gleich standen[37]), ferner der leibliche Vater, und zwar nicht blos wenn er als Manumissor nach dem Civilrecht[38]), sondern in der Regel auch wenn er zur bonorum possessio gerufen war[39]); und des Verstorbenen

32) Gaius III. 34., §. 1. J. de bonor. possess. (3. 9).

33) Dann war die bonorum possessio cum re, Ulpian. XXVIII. 13.

34) Dann war die bonorum possessio sine re, Gaius III. 35. 37., Ulpian. XXVIII. 13.

35) Dieses war die bonorum possessio ex legibus senatusveconsultis, fr. 1. D. ut ex legib. (38. 14), fr. 3. D. unde legitimi (38. 7), §. 7. J. de bonor. possess. (3. 9). Das Nähere ist nicht bekannt. Man vergleiche Leist Bonorum possessio II. 1, 10—13.

36) Ulpian. XXVI. 8., Paul. sent. rec. IV. 9., pr. §. 1. 2. 7. J. de SC. Tertull. (3. 3), fr. 2. pr. §. 1—5. D. ad SC. Tertyll. (38. 17).

37) Ulpian. XXVI. 8., §. 3. J. de SC. Tertull. (3. 3), fr. 2. §. 6—14. fr. 5. 8. D. ad SC. Tertyll. (38. 17).

38) Dieser Fall gehört ins Kap. XXI.

39) Ulpian. XXVI. 8., §. 3. J. de SC. Tertull. (3. 3), fr. 10. D.

Bruder von demselben Vater her; mit Schwestern der Art theilte sie [40]). Nach einer Constitution des Severus verlor sie jedoch ihr Erbrecht, wenn sie dem Kinde keinen Vormund erbeten hatte [41]). Das Orphitianische Senatusconsult unter Marcus Aurelius gab umgekehrt auch den Kindern Erbrechte gegen die Mutter vor deren Geschwistern und Agnaten [42]).

645. Die Bestimmungen des Civilrechts, des prätorischen Rechts und der beiden Senatusconsulte bestanden nun neben einander [43]), und bildeten die Grundlage der Jurisprudenz und Praxis. Seit Constantin kamen noch wichtige Constitutionen hinzu, so dass unter Justinian folgendes Recht galt. Zunächst kamen, wenn der Erblasser ein Mann war, die haushörigen Erben und die ihnen gleich standen, nach den Grundsätzen des Civil- und prätorischen Rechts [44]). Auch die legitimirten Kinder gehörten dahin [45]). In Beziehung auf ein in Adoption gegebenes Kind war das Recht durch Justinian wesentlich geändert [46]). Handelte es sich um die Beerbung eines Weibes, so succedirten die Kinder nach dem Orphitianischen Senatusconsulte; doch erhielt der Vater, wenn das erbende Kind noch in der Gewalt war, an dessen ganzem Erbtheil, sonst aber nur an einer Virilportion den Niessbrauch [47]). Kinder eines bereits ver-

---

de suis (38. 16), fr. 2. §. 15. 16. fr. 3. D. ad SC. Tertyll. (38. 17). Die Ausnahmen erwähnt fr. 2. §. 17. 18. 19. eod.

40) Ulpian. XXVI. 8., §. 3. J. de SC. Tertull. (3. 3), fr. 7. D. ad SC. Tertyll. (38. 17).

41) Fr. 2. §. 2. D. qui petant tutor. (26. 6), fr. 2. §. 23. 47. D. ad SC. Tertyll. (38. 17), §. 6. J. de SC. Tertull. (3. 3).

42) Capitol. M. Antonin. 11., Ulpian. XXVI. 7., Paul. sent. rec. IV. 10., pr. §. 2. 3. J. de SC. Orphit. (3. 4), fr. 1. 4. 6. 9. D. ad SC. Tertyll. (38. 17), c. 1. C. ad SC. Tertyll. (6. 56), c. 1. 2. 3. C. ad SC. Orphit. (6. 57).

43) C. 1. 3. 5. 7. 8. 9. C. de legit. hered. (6. 58).

44) Pr. §. 1—12. J. de heredit. (3. 1).

45) §. 2. J. de heredit. (3. 1).

46) C. 10. C. de adopt. (8. 48). §. 3. 14. J. de heredit. (3. 1).

47) C. 9. C. Th. de bonis matern. (8. 18).

storbenen Sohnes erhielten gegen dessen Mutter, Kinder einer verstorbenen Tochter gegen deren Eltern von Valentinian II. den Erbtheil, welchen der Sohn oder die Tochter selbst erhalten hätte; jedoch mussten sie, wenn sie mit noch lebenden Kindern des Erblassers concurrirten, diesen ein Drittheil, sonstigen Agnaten ein Viertheil davon abgeben [48]), bis dass Justinian erst die zweite [49]), dann auch die erste Beschränkung aufhob [50]), und dadurch alle Arten von Enkeln einander gleich machte. In Ermanglung von Descendenten kam, wenn der Verstorbene eine Mutter zurückliess, das Recht des Tertyllianischen Senatusconsultes zur Anwendung, jedoch mit mehreren Modificationen. Nach Constantin sollte nämlich die Mutter, wenn sie gleich nicht die gesetzliche Zahl von Kindern hatte, in der Concurrenz mit dem väterlichen Oheim und anderen Agnaten doch ein Drittheil erhalten, umgekehrt aber auch, wenn sie gleich die gesetzliche Zahl hatte, dem väterlichen Oheim, dessen Söhnen und Enkeln ein Drittheil abgeben [51]). Valentinian III. liess ihr auch im ersten Falle zwei Drittheile zukommen, wies jedoch dem mit ihr concurrirenden emancipirten Bruder, den sie bis dahin ausschloss [52]), ein Drittheil an [53]). Justinian endlich hob allen auf die Zahl der Kinder sich beziehenden Unterschied [54]), desgleichen das concurrirende Erbrecht des väterlichen Oheims auf, stellte die Mutter mit des Verstorbenen Geschwistern von demselben Vater her, gleichviel aber ob sie emancipirt waren oder nicht, zusammen, und gab ihr, wenn Brüder darunter waren, einen Kopftheil, neben blossen Schwestern, wie im alten

---

48) C. 4. 5. 6. 8. C. Th. de legit. haeredit. (5. 1), §. 3. J. de SC. Tertull. (3. 3).

49) C. 12. C. de suis (6. 55), §. 15. 16. J. de heredit. (1. 1).

50) Nov. 18. c. 4.

51) C. 1. C. Th. de legit. haeredit. (5. 1).

52) C. 2. C. Th. de legit. haeredit. (5. 1).

53) C. 7. C. Th. de legit. haeredit. (5. 1).

54) C. 2. C. de iure liber. (8. 59), §. 4. J. de SC. Tertull. (3. 3).

Recht die Hälfte[55]), später aber auch nur einen Kopftheil[56]). In Ermanglung einer Mutter trat die Succession der Agnaten ein[57]), also zunächst die Geschwister von demselben Vater her. Anastasius berief diese selbst dann, wenn sie durch Emancipation aufgehört hatten, Agnaten zu sein, nur so dass sie neben nicht emancipirten weniger wie diese erhielten[58]). Justinian hob aber nicht nur diese Ungleichheit auf, sondern erhob auch die Halbgeschwister von der Mutter her zu demselben Rechte, wie die vom Vater her[59]). Dieses führte ihn dann weiter zu der Entscheidung, dass die Vollgeschwister, als doppelte Rechte in sich vereinigend, den Halbgeschwistern vorgiengen[60]). Ferner stellte Justinian die Kinder der Schwester, selbst einer blos halbbürtigen von der Mutter her[61]), dann auch die von emancipirten Geschwistern[62]), dem dritten Grade der Agnaten gleich. Darüber hinaus blieb es bei der Agnatensuccession des alten Rechts. Jedoch erklärte Justinian die weiblichen Agnaten bis in den entferntesten Grad eben so gut für erbfähig wie die männlichen[63]), auch sollte nun für die Agnaten das Nachrücken der folgenden Grade wie bei den Cognaten gelten[64]). Endlich in Ermanglung von Agnaten folgten die Cognaten nach den Bestimmungen des prätorischen Edicts[65]).

55) C. 7. pr. C. ad SC. Tertyll. (6. 56), §. 5. J. de SC. Tertull. (3. 3),
56) Nov. 22. c. 47.
57) Pr. §. 1. 2. 5. 6. J. de legit. agnat. success. (3. 2).
58) C. 4. C. de legit. tutel. (5. 30), Theophil. III. 5. §. 1., §. 1. J. de success. cognat. (3. 5), §. 12. J. de gradib. (3. 6).
59) C. 15. pr. §. 1. 2. C. de legit. haered. (6. 58).
60) Nov. 84.
61) C. 14. §. 1. C. de legit. haered. (6. 58), §. 4. J. de legit. adgnat. success. (3. 2).
62) C. 15. §. 3. C. de legit. haered. (6. 58).
63) C. 14. C. de legit. haered. (6. 58), §. 3. J. de legit. adgnat. success. (3. 5).
64) §. 7. J. de legit. adgnat. success. (3. 2), c. 15. §. 3. C. de legit. haered. (6. 58).
65) Tit. J. de success. cognat. (3. 5).

646. Durch das Edict, die Senatusconsulte und die kaiserlichen Constitutionen war die Grundlage des alten Erbrechts, die Beziehung zur väterlichen Gewalt und zur Agnation, tief erschüttert. Endlich wurde Justinian das Bedürfniss klar, dieselbe ganz aufzugeben und lediglich die Blutsverwandtschaft zum Massstab zu nehmen. Dieser Gedanke ist in einer Constitution vom Jahr 543 ausgeführt, die im Jahr 547 noch einen Zusatz erhielt[66]). Danach erben zunächst die Descendenten. In deren Ermanglung concurriren mit einander die nächsten Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister, und wenn solche verstorben sind, deren Kinder. Dann kommen die halbbürtigen Geschwister oder deren Kinder. Endlich die entfernteren Seitenverwandten nach der Nähe des Grades. Die Verwandtschaft durch einen Mann oder durch ein Weib macht nun keinen Unterschied mehr.

647. Stirbt ein Haussohn, so kann von einer Beerbung nicht die Rede sein, sondern das vom Vater herrührende Peculium fällt an diesen als den Eigenthümer zurück. In Beziehung auf das von der Mutter her erworbene Vermögen und was demselben gleich steht, wurde aber seit Theodosius II. den Descendenten, dann auch den Geschwistern und von Justinian auch der Mutter ein Erbrecht gegeben, welches das Peculienrecht des Vaters ausschloss; doch verblieb ihm der lebenslängliche Niessbrauch[67]). Seit der Novelle 118. tritt auch hier die gewöhnliche Erbfolge ein; doch wird dem Vater, wenn er nicht mit erbt, der ihm etwa schon zustehende Niessbrauch ausdrücklich vorbehalten. Endlich was das im Kriegsdienst erworbene Peculium betrifft, so konnte zwar der Sohn darüber testiren; wenn er es aber nicht gethan hatte, so fiel es an den Vater, und zwar

66) Nov. 118., nov. 127. c. 1.

67) C. 4. 10. C. Th. de matern. bon. (8. 18), nov. Theodos. tit. XIV. be paternis bonis §. 8., c. 3. 4. 6. §. 1. C. de bon. quae liber. (6. 61), c. 7. §. 1. C. ad SC. Tertull. (6. 56), c. 11. C. comm. de success. (6. 59).

nicht als Erbschaft, sondern nach Peculienrecht[68]. Nach demjenigen, was bei dem von der Mutter her erworbenen Vermögen verordnet worden war, passte aber dieser Grundsatz nicht mehr; daher wurde nun auch den Kindern und Geschwistern ein näheres Recht zuerkannt[69]. Seit der Novelle 118. findet auch dabei die gewöhnliche Erbfolge statt. Bei einem Arrogirten galt das besondere Recht, dass wenn er vor erreichter Pubertät starb, der Vater dessen natürlichen Erben das zugebrachte Vermögen herausgeben musste[70]. Nach dem Justinianischen Recht, wo der Vater an diesem Vermögen nur auf den Niessbrauch beschränkt wurde, trat es dadurch in das Rechtsverhältniss des von der Mutter oder sonst von Aussen her erworbenen Vermögens, und wurde auch bei der Vererbung so behandelt[71].

648. Nach den Verwandten, eine Zeitlang selbst in Verbindung mit solchen, trat auch noch nach dem neueren Rechte der überlebende Ehegatte ein[72]. Justinian gab aber auch noch anderen Personen neben Verwandten ein gewisses Erbrecht, nämlich den im Concubinate erzeugten Kindern gegen ihren Vater[73], der Wittwe wenn sie arm und der verstorbene Ehemann vermögend war[74], dem Verpfleger eines Wahnsinnigen[75].

649. In gänzlicher Ermanglung eines Successors wurde in der ältesten Zeit der Nachlass herrenlos, und die einzelnen Stücke desselben konnten von Jedem occupirt und usucapirt werden[76]. Die lex Julia und Papia überwies aber

68) Fr. 1. 2. 9. 19. §. 3. D. de castr. pecul. (49. 17), c. 6. C. de castr. pecul. (12. 37).

69) Pr. J. quib. non est permiss. (2. 12), Theophil. II. 12. pr.

70) §. 3. J. de adopt. (1. 11), fr. 18. 19. 20. 22. D. de adopt (1. 7).

71) §. 2. J. de adquis. per adrogat. (3. 10).

72) C. 9. C. Th. de legit. haered. (5. 1), c. 1. C. unde vir et uxor (6. 18), §. 6. J. de bonor. poss. (3. 9).

73) Nov. 18. c. 5., nov. 89. c. 12. §. 4. 5.

74) Nov. 22. c. 18., nov. 53. c. 6., nov. 74. c. 5., nov. 117. c. 5.

75) Nov. 115. c. 3. §. 12.

76) Cicero de legib. II. 19.

die vacanten Erbschaften dem Aerarium oder nach dem späteren Ausdruck dem Fiscus[77]). Dieser erwarb unmittelbar kraft des Gesetzes; da jedoch der Nachlass eine universitas bildete, so setzte ein solcher Erwerb voraus, dass das Vermögen nicht durch Schulden consumirt war[78]). Es wurde daher eine Untersuchung angestellt, in deren Folge der Fiscus entweder den Nachlass agnoscirte oder den Concurs eröffnen liess[79]). In welcher Weise im ersten Falle der Fiscus das Vermögen überkam, ob als Erbe oder als Occupant, ist bestritten[80]). Nach einer Constitution des Marcus Aurelius konnte aber, wenn Vermächtnisse der Freiheit hinterlassen waren und Niemand Erbe sein wollte, einer der freigelassenen Knechte und selbst jeder Fremde unter gewissen Cautionen die Erbschaft addicirt erhalten[81]). Der Fiscus gieng zwar, wenn er agnosciren wollte, vor[82]); doch musste er nach der ausdrücklichen Bestimmung jener Constitution die Vermächtnisse der Freiheit erfüllen[83]). Uebrigens erhielten gewisse Anstalten und Corporationen das besondere Vorrecht, statt des Fiscus in den Nachlass ihrer ohne Erben verstorbenen Mitglieder zu succediren; so die Soldaten der Legion[84]), was Constantius auch auf die späteren Heeresabtheilungen übertrug[85]), ferner

77) Ulpian. XXVIII. 7., fr. 96. §. 1. D. de legat. I. (30). Man sehe §. 334. Note 129.

78) Das Genauere giebt Heimbach in Weiske Rechtslexiken III. 939.

79) Fr. 11. D. de iure fisci (49. 14).

80) Fr. 1. §. 1. D. de iure fisci (49. 14), fr. 4. §. 17. 20. D. de fideicomm. libert. (40. 5).

81) Benerum addictio libertatum conservandarum causa, tit. J. de eo cui libert. causa (3. 11), fr. 2. 3. 4. D. de fideicomm. libert. (40. 5), c. 6. 15. C. de testam. manum. (7. 2).

82) Fr. 50. pr. D. de manum. testam. (40. 2), fr. 4. §. 20. D. de fideicomm. libert. (40. 5).

83) §. 1. J. de eo cui libert. causa (3. 11), fr. 4. §. 17. D. de fideicomm. libert. (40. 5).

84) Fr. 6. §. 7. D. de iniuste (28. 3), fr. 4. §. 17. D. de fideicomm. libert. (40. 5).

85) C. 1. C. Th. de bon. milit. (5. 4), c. 2. C. de haered. decur. (6. 62).

nach Constantin die städtischen Curien[86]) und die Schiffergilden[87]), nach Constantius die Cohortalen[88]), nach dem jüngeren Theodosius die Kirchen und Klöster[89]) und die Arbeiter in den kaiserlichen Waffenfabriken[90]).

Zwanzigstes Kapitel.

Von der Erbfolge gegen ein Testament.

650. Nach dem Recht der zwölf Tafeln konnte man zwar nach Belieben testiren, also auch die bereits geborenen Kinder exhärediren oder präteriren; aber in Beziehung auf die erst nach der Errichtung des Testaments zur Welt kommenden Kinder traten eigenthümliche Rücksichten ein. Denn im Voraus eingesetzt konnten sie nicht werden, weil die Erbeinsetzung eines noch nicht Geborenen unzulässig war. Eben so wenig konnten sie gültig enterbt werden, weil Enterbung und Einsetzung hierin unter gleichem Gesichtspunkte standen. Eine stillschweigende Präterition aber gab der Vermuthung Raum, dass der Testator damals an einen möglichen postumus gar nicht gedacht habe und dass er nun, wenn er nochmals zu testiren hätte, ganz anders testiren würde. Testamente wurden daher durch die Agnation eines postumus immer zerrissen[1]). Allmählig ent-

86) C. 1. C. Th. de bon. decur. (5. 2), c. 125. C. Th. de decur. (12. 1), c. 4. C. de haered. decur. (6. 62). Man vergleiche §. 396.

87) C. 1. C. de haered. decur. (3. 62), Valentin. III. tit. XXVIII. de navicularlis. Man sehe §. 380.

88) C. 3. C. de haered. decur. (6. 62). Man sehe §. 392.

89) C. 1. C. de bon. cleric. (5. 3). c. 20. C. de episc. (1. 3), nov. 131. c. 13.

90) Nov. Theodos. tit. VI de bonis fabricensium, c. 5. C. de haered. decur. (6. 62). Man sehe §. 419.

1) Dieses galt schon zu Ciceros Zeit als ausgemacht, Cicero de orat. I. 57., pro Caecina 25.

standen zwar Ausnahmen, wodurch die Erbeinsetzung wirklicher Nachgeborenen[2]), und in entsprechender Weise auch deren Exhäredation[3]) respectirt wurde. Ferner modificirte die lex Iunia Velleja das alte Recht darin, dass auch bei demjenigen, der zur Zeit der Errichtung des Testaments schon gelebt hätte, aber seitdem durch das Wegfallen von Zwischengliedern dem Testator gewissermassen als postumus agnascirt sei, die Erbeinsetzung den Bruch des Testaments abwendete[4]). Im Fall der stillschweigenden Präterition eines postumus blieb aber der alte Grundsatz bestehen, und im Geiste desselben wurde allmählig auch die Präterition eines bei der Errichtung des Testaments bereits vorhanden gewesenen haushörigen Kindes für rechtswidrig gehalten[5]).

651. Zur Zeit der ausgebildeten Jurisprudenz galten daher folgende Grundsätze. Die bei der Errichtung des Testaments schon geborenen haushörigen Kinder mussten darin entweder eingesetzt oder enterbt sein[6]). Die Präterition eines haushörigen Sohnes machte das Testament schlechthin nichtig, und gab der Intestaterbfolge Raum. Die Meinung der Proculianer, welche das Testament gelten lassen wollten, wenn der präterirte Sohn nach dessen Errichtung verstorben wäre, drang nicht durch[7]). Die Präterition haushöriger Töchter und Enkel hatte zwar jene Wirkung nicht; doch aber giengen sie mit den eingesetzten Erben ins Theil, und zwar mit haushörigen auf einen Kopftheil, mit fremden

2) Man sehe §. 639. Note 78. 81.

3) Zu Varros Zeit, wo die Erbeinsetzung concipirter postumi schon erlaubt war (§. 639. Note 79), findet sich daher auch schon eine Exhäredationsformel für solche, Gellius III. 16.

4) Gaius II. 133. 134., fr. 26. §. 13. 14. D. de liber. et posthum. (28. 2).

5) Darüber wurde zu Ciceros Zeit noch gestritten, Cicero de orat. I. 38., Valer. Max. VII. 7, 1.

6) Ulpian. XXII. 14.

7) Ulpian. XXII. 16., Gaius II. 123., fr. 7. D. de liber. et posthum. (28. 2), pr. J. de exher. liber. (2. 13).

auf die halbe Erbschaft[8]). Auch darin bestand ein Unterschied, dass Söhne namentlich exhäredirt werden mussten, bei Töchtern und Enkeln aber eine allgemeine Formel genügte[9]). Bei haushörigen Kindern, die erst nach der Errichtung des Testaments hinzukamen, war das Recht noch strenger. Sie bewirkten ohne Unterschied des Geschlechts und des Grades, dass das Testament, wenn ihrer darin nicht gedacht war, vom Augenblick ihrer Agnation an zerrissen war[10]). Um dieses abzuwenden war nicht blos bei Söhnen, sondern bei allen männlichen Nachkommen eine namentliche Exhäredation nothwendig; bei den weiblichen genügte zwar eine allgemeine Formel, jedoch musste ihnen dann Etwas legirt sein[11]). Alles dieses galt auch von dem, der durch Ausfallen eines Zwischengliedes in das Verhältniss eines postumus kam[12]). Auch die Adoption, die Eingehung einer manus und ähnliche Begebenheiten, wodurch dem Testator nachträglich ein haushöriges Kind zuwuchs, rumpirten das Testament[13]).

652. An dieses System schloss sich nun auch das prätorische Edict in seiner Weise an, indem es den Kindern, die im Testament weder eingesetzt noch in der bestimmten Weise, dass heisst Nachkommen männlichen Geschlechts namentlich, weiblichen Geschlechts mindestens in einer allgemeinen Formel, exhäredirt wären, eine Succession gegen das Testament anbot[14]). Unter Kindern wurden hier dieselben Personen verstanden, die in Ermanglung eines Te-

---

8) Ulpian. XXII. 17., Gaius II. 124., Paul. sent. rec. III. 4 B §. 8., Fragm. de iure fisci §. 11., Theophil. II. 13. pr.

9) Ulpian. XXII. 20., Gaius II. 127. 128., pr. J. de exher. liber. (2. 13).

10) Ulpian. XXII. 18., Gaius II. 130. 131., c. 2. 3. C. de posthum. (6. 29).

11) Ulpian. XXII. 21. 22., Gaius II. 132., fr. 3. D. de iniusto (28. 3).

12) Gaius II. 133. 134., Ulpian. XXIII. 3.

13) Gaius II. 138—143., Ulpian. XXIII. 2. 3., fr. 8. D. de iniusto (28. 3), fr. 28. §. 1. D. de liber. et posthum. (28. 2).

14) Gaius II. 135., Ulpian. XXII. 23. XXVIII. 2. 3.

staments in der ersten Classe gerufen waren [15]). Im Falle einer Präterition trat also an die Stelle der testamentarischen Erbeinsetzung die Delation aus jenem Edicte, und zwar für alle Kinder, auch die anderen im Testamente eingesetzten [16]); selbst dann, wenn solche durch Adoption oder manus in eine fremde Familie gekommen waren, wiewohl sie, wenn sie selbst präterirt gewesen wären, aus sich allein kein Recht gehabt hätten [17]). Uebrigens wurde aber das Testament nicht wie nach dem Civilrecht schlechthin als null betrachtet, sondern es blieb noch im Hintergrunde stehen. Wenn daher der präterirte Emancipirte sich seines Rechts nicht bediente, so konnte der eingesetzte Erbe antreten [18]). Auch wurden selbst, wenn er sich dessen bediente, gewisse Punkte des Testaments aufrecht erhalten; namentlich Exhäredationen [19]), Vermächtnisse an Eltern und Kinder bis zu einer gewissen Gränze [20]), was nach einer von Antoninus Pius bestätigten Meinung Julians auch auf die Erbeinsetzungen von Ascendenten und Descendenten angewendet wurde [21]), ein Vermächtniss der Dos an die Ehefrau oder die Frau des Sohnes selbst über jene Gränze hinaus [22]). Sogar gegen die Erbeinsetzung eines Fremden sollten präterirte Descendenten weiblichen Geschlechts nach einem Rescripte des Antoninus auf dem Wege der bonorum possessio nur noch so viel erhalten, als sie nach dem Civilrecht empfangen würden, wenn sie nicht emancipirt wären [23]).

15) Fr. 1. §. 5. D. si tabulae testam. (38. 6), §. 12. J. de heredit. (3. 1). Man sehe §. 643.

16) Fr. 3. §. 11. fr. 8. §. 14. fr. 10. §. 6. D. de bon. poss. contr. tab. (37. 4).

17) Fr. 8. §. 11—14. fr. 10. §. 1. fr. 11. pr. D. de bon. poss. contr. tab. (37. 4).

18) Fr. 2. D. si tabulae testam. (38. 6).

19) Fr. 10. §. 5. D. de bon. poss. contr. tab. (37. 4).

20) Fr. 1. 6. 8. pr. D. de legat. praestand. (37. 5).

21) Fr. 5. §. 6. 7. fr. 7. D. de legat. praestand. (37. 5), fr. 3. 7. D. de coniung. cum emanc. (37. 8).

22) Fr. 1. pr. fr. 8. §. 3—6. D. de legat. praest. (37. 5).

653. Alle diese Vorschriften des Civilrechts wie des prätorischen Rechts begründeten aber für die Kinder keineswegs den Anspruch, von ihren Eltern im Testamente bedacht zu werden; denn der Vater konnte noch immer, wenn er gegen sie die Form der Exhäredation beobachtete, sein ganzes Vermögen einem Fremden zuwenden, und die Mutter war nicht einmal an diese Form gebunden[24]). Eine der Form nach rechtmässige Exhäredation oder Präterition konnte daher etwa nur unter dem Gesichtspunkte angegriffen werden, dass ein Testament voll augenscheinlichen Hasses und Lieblosigkeit gegen die nächsten Angehörigen unmöglich mit der erforderlichen Geistesfreiheit und Ueberlegung errichtet worden sei[25]). Durch die Macht der Praxis wurde dieses allmählig zu einer stehenden Ansicht der Jurisprudenz[26]). Lieblose Testamente konnten nun durch eine eigene auf die Fiction der mangelnden Geistesfreiheit gebaute Querel[27]) vor dem Centumviralgericht[28]) angefochten und rescindirt werden[29]). Berechtigt dazu waren aber nicht blos die Kinder und ferneren Nachkommen, sondern auch umgekehrt die Ascendenten[30]); selbst die Seitenverwandten durften es versuchen, bis dass die neuere Rechtsansicht dieses allmählig auf die Geschwister beschränkte[31]). Seit Constantin wurden selbst diese nur dann zugelassen, wenn eine turpis persona zum Erben eingesetzt war[32]). Gründete sich das Intestaterbrecht des Klägers, zu welchem er durch die Rescission des Testamentes gelangen wollte,

---

23) Gaius II. 125. 126., c. 4. C. de liber. praeter. (6. 28), Theophil. II. 13. §. 3.
24) Gaius III. 71.
25) Valer. Max. VII. 7, 2. 3. 4. 5. VII. 8, 1. 2. 4.
26) Quintil. inst. orat. V. 2.
27) Fr. 2—5. D. de inoffic. testam. (5. 2), pr. J. de inoffic. (2. 18).
28) Plinius epist. V. 1. VI. 33., Quintil. inst. orat. VII. 4.
29) Fr. 6. §. 1. fr. 8. §. 16. D. de inoffic. (5. 2).
30) Fr. 1. D. de inoffic. (5. 2), §. 1. 2. J. de inoffic. (2. 18).
31) Fr. 1. D. de inoffic. (5. 2), c. 21. C. de inoffic. (3. 28).
32) C. 1. 3. C. Th. de inoffic. (2.19), c. 27. C. de inoffic. (3. 28).

nicht auf das Civil- sondern auf das prätorische Recht, so musste er vor der Querel litis ordinandae gratia die bonorum possessio nachsuchen[33]). Lieblos konnte man aber den Verstorbenen nicht mehr schelten, wenn man von ihm wirklich Etwas empfangen hatte. Als das Minimum wurde, man weiss nicht wie, das Viertheil der zustehenden Intestatportion angenommen[34]), und es genügte, wenn dieses auch nicht in der Form einer Erbeinsetzung, sondern nur als Vermächtniss, Schenkung auf den Todesfall oder gar unter Lebenden gegeben war[35]). War zwar Etwas aber nicht das volle Viertheil hinterlassen, so war es dem Verkürzten erlaubt statt auf Rescission blos auf Ergänzung zu klagen[36]), und er musste sich mit letzterer begnügen, wenn der Testator selbst für diesen Fall Vorsorge getragen hatte[37]). War die Verkürzung durch Liberalitäten unter Lebenden geschehen, so fand seit Severus Alexander eine analoge Querel wegen unmässiger Donation oder Dotirung statt[38]). Adoptivkinder hatten gegen den Adoptivvater dieselben Rechte wie die leiblichen. Die Querel wurde jedoch unnöthig, wenn es sich um einen arrogirten Unmündigen oder um einen aus drei Brüdern Adoptirten handelte, weil Jener im Falle der Exhäredation schon nach der Constitution des Antoninus[39]), Dieser nach dem Sabinianischen Senatusconsult[40]) eine Klage auf ein Viertheil hatte.

33) Fr. 6. §. 2. fr. 7. 8. pr. D. de inoffic. (5. 2). Man sehe darüber Leist Bonorum possessio II. 2, 39. 40.

34) Plinius epist. V. 1., Paul. sent. rec. IV. 5. §. 7., fr. 8. §. 8. 9. D. de inoffic. (5. 2), c. 8. pr. C. de inoffic. (3. 28).

35) Fr. 8. §. 6. fr. 25. pr. D. de inoffic. (5. 2), §. 6. J. de inoffic. (2. 18).

36) Paul. sent. rec. IV. 5. §. 7., c. 2. Cod. Greg. de inoffic. (2. 3).

37) C. 4. C. Th. de inoffic. (2. 19).

38) Fr. 87. §. 3. 4. D. de legat. II. (31), Fragm. Vatic. §. 280., tit. C. J. III. 29. 30., tit. C. Th. II. 20. 21.

39) Fr. 8. §. 15. D. de inoffic. (5. 2), fr. 1. §. 21. D. de collat. (37. 6). Man sehe §. 545.

40) C. 10. §. 3. C. de adopt. (8. 48), §. 14. J. de heredit. (3. 1), Theophil. III. 1. §. 14.

654. Zu Justinians Zeit bestanden also drei Systeme neben einander: das des Civilrechts, welches die Testamente wegen Präterition für nichtig erklärte, das des prätorischen Rechts, welches gegen ein Testament wegen Präterition den Besitz des Nachlasses anbot, und die Querel wegen liebloser Entziehung des Vermögens. In Beziehung auf letztere machte Justinian (528) die Beschränkung, dass wenn Etwas aber nicht der volle Pflichttheil hinterlassen wäre, schlechthin nur auf Ergänzung geklagt werden könnte[41]). In Beziehung auf die beiden ersteren hob er (531) die dort vorkommenden Unterschiede zwischen den Söhnen und den Töchtern oder Enkeln, zwischen den männlichen und weiblichen Nachkommen auf, und stellte alle dem Recht der Söhne gleich[42]). Nach diesem Gesichtspunkt wurden dann auch die juristischen Werke für die Digesten excerpirt. Ferner erhöhte er (536) den Pflichttheil für Descendenten bei vier und weniger Concurrenten auf ein Drittheil, bei mehr als vier auf die Hälfte der Intestatportion[43]). Endlich erliess er (542) für Ascendenten und Descendenten ein alle drei Systeme umfassendes Gesetz, indem er unter ihnen eine Exhäredation oder Präterition nur unter der einfachen Voraussetzung gestattete: dass im Testamente deshalb ein bestimmter Grund angegeben, dieser Grund zu den in dem Gesetz gebilligten gehörte, und die Wahrheit desselben von dem eingesetzten Erben bewiesen würde. Im entgegengesetzten Falle sollte die Erbeinsetzung nichtig sein und die Intestaterben an die Stelle treten[44]). Bei adoptirten Kindern kam es jetzt auf die von ihm schon früher aufgestellte Unterscheidung an[45]).

---

41) C. 30. pr. §. 1. c. 31. 36. pr. C. de inoffic. (3. 28), §. 3. J. de inoffic. (2. 18).

42) C. 4. C. de liber. praeter. (6. 28), §. 5. J. de exher. (2. 13).

43) Nov. 18. pr. c. 1.

44) Nov. 115. c. 3. 4. 5. pr.

45) C. 10. C. de adopt. (8. 48), §. 14. J. de heredit. (3. 1), §. 5. J. de exher. (2. 13), §. 2. J. de inoffic. (2. 18).

Ein und zwanzigstes Kapitel.

Von der Beerbung der Freigelassenen.

655. Die Beerbung der Freigelassenen erwuchs aus einfachen Anfängen zu einem verwickelten System, worin folgende allgemeine Gesichtspunkte hervortreten. Der in der regelmässigen Art Freigelassene wurde, wenn er Kinder hatte, als Gründer eines römischen Hausstandes ganz wie ein Freigeborener behandelt. Wenn er aber keine Kinder hinterliess, so trat, da er juristisch keine Seitenverwandten hatte, nach der in der Natur des Verhältnisses begründeten gesetzlichen Auffassung der Patron und dessen Haus an deren Stelle. Dieses wirkte dahin, die Vermögen der freien Bürger aus den Arbeitskräften der Freigelassenen zu vermehren. Später, wo die Freigelassenen sich insgemein zu wohlhabenden Leuten machten, wurde jener Gedanke mit bestimmtem Bewusstsein noch schärfer ausgebildet, und der Nachlass der Freigelassenen als ein Stoff angesehen, worüber das Gesetz zu seinen Zwecken mit besonderer Freiheit verfügen dürfe. In diesem Geiste fasste auch die lex Papia Poppaea denselben auf, und benutzte ihn in verschiedenen Richtungen theils zur Belohnung fruchtbarer theils als Strafmittel unfruchtbarer Ehen. Das Einzelne gestaltete sich auf folgende Art.

656. Nach dem alten Civilrecht wurden die Testamente der Freigelassenen, welche römische Bürger waren, der Form wie dem Inhalte nach, insbesondere auch was die Exhäredation oder Präterition der Kinder betrifft, nach den gewöhnlichen Regeln behandelt. In Ermanglung eines Testaments succedirten die haushörigen Kinder, wozu jedoch die in der Knechtschaft erzeugten nicht gehörten[1]). Nach diesen beriefen die zwölf Tafeln den Patron und die

1) Man sehe §. 513. Note 28. 29. 30.

Patronin[2]) und des Patrones Kinder und fernere in männlicher Linie abstammende Nachkommen[3]) ohne Unterschied des Geschlechts[4]), die der Patronin aber unstreitig nicht[5]). Eine Freigelassene wurde, weil sie keine haushörigen Kinder haben konnte, immer zunächst vom Patron beerbt[6]), bis dass das Orphitianische Senatusconsult dieses änderte[7]). Zuletzt succedirte die gens[8]). Eine capitis deminutio hob der gewöhnlichen Regel gemäss diese Erbrechte auf[9]).

657. Das prätorische Edict griff aber auch hier auf seine Weise ein[10]). Zunächst berief es wie bei den Freigeborenen die Kinder, nämlich sowohl die haushörigen wie die emancipirten; dann diejenigen, die nach dem Civilrecht als Erben gerufen waren; dann die Cognaten des Freigelassenen, welche aber, weil die in der Knechtschaft entstandenen Verwandtschaften nicht in Betracht kamen, nur aus den Descendenten sein konnten. Hierauf folgten noch vier Ordnungen; des Patrones Familie, also hauptsächlich seine Agnaten, ferner der Patron und die Patronin, ihre

---

2) Ulpian. XXIX. 1. 2. 6., Collat. leg. Mos. XVI. 8., Gaius III. 40. 49. 51.

3) Ulpian. XXVII. 1—4., Gaius III. 58., Fragm. Vatic. §. 308. Man vergleiche §. 496. Note 27.

4) Ulpian. XXIX. 4. 5., Gaius III. 46. Einer eigenthümlichen Fiction erwähnt dabei die aus den Basiliken entnommene c. 4. C. de bon. libert. (6. 4).

5) Später, vielleicht durch die lex Papia Poppäa, wurde dieses geändert, fr. 22. D. de iure patron. (37. 14), Gaius III. 53.

6) Gaius I. 192. III. 51., Ulpian. XXIX. 2.

7) Fr. 1. pr. D. ad SC. Tertyll. (38. 17). Noch auf das frühere Recht geht Ulpian. XXIX. 2. Eine andere Vereinigung beider Stellen versucht Unterholzner (Savigny Zeitschr. V. 33).

8) Cicero de orat. I. 39. Man sehe dazu §. 110. Note 109.

9) Gaius III. 51., Ulpian. XXVII. 5.

10) Die Hauptstellen darüber sind Ulpian. XXVIII. 7., Collat. leg. Mos. XVI. 9., §. 3. 4. 5. (1. 2. 3.) J. de bonor. possess. (3. 9), Theophil. III. 9. §. 3. 4. 5. Dazu sind zu vergleichen die Abhandlungen von Göschen, Löhr, Unterholzner und Huschke. Eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen giebt Danz Gesch. des röm. Rechts II. §. 156.

Kinder und Eltern, was jenen besonders dann zu Statten kam, wenn sie wegen einer eingetretenen capitis deminutio in einer früheren Ordnung nicht zugelassen waren; dann der überlebende Ehegatte, endlich die Cognaten des Freilassers. Auch der Patron des Patrons hatte einen Anspruch auf bonorum possessio [11]); in welcher Ordnung ist nicht gewiss.

658. Diese Anordnung wurde jedoch in drei wichtigen Punkten wieder verändert. Erstlich sollte nach einer aus einer eigenthümlichen Verbindung hervorgegangenen Bestimmung des Edicts [12]) der Freigelassene den Patron durch ein Testament nicht mehr ausschliessen können, sondern, wenn nicht darin ein leibliches Kind eingesetzt war, so konnte der Patron gegen das Testament die bonorum possessio der Hälfte nachsuchen [13]). Durch die lex Papia Poppäa erhielten dieses Recht auch des Patrones Töchter, die Patronin und deren Kinder; jedoch nur in Voraussetzung und als Belohnung der Fruchtbarkeit [14]). Eine Emancipation, Adoption und ähnliche capitis deminutio hob diese Erbrechte nicht auf [15]). Alles dieses bezog sich aber auf das Testament eines libertus. Gegen eine liberta bedurfte der Patron jenes Rechtes auf die bonorum possessio einer Hälfte zu seiner Sicherheit nicht, da er sie kraft seiner Tutel beim Testiren in der Hand hatte. Dieses änderte sich freilich, als die lex Papia Poppäa den Freigelassenen zur Belohnung für vier geborene Kinder die Befreiung von der Tutel ertheilte; daher gab sie aber auch dem Patron gegen eine solche Freigelassene ein Recht auf einen Kindestheil [16]). Die Patronin hatte aber gegen das Testament einer weiblichen Freigelassenen ursprünglich keine Rechtshülfe;

---

11) C. 4. C. de bon. libert. (6. 4).

12) Man sehe §. 497.

13) Gaius III. 40. 41., Ulpian. XXIX. 1.

14) Ulpian. XXIX. 4. 5. 6., Gaius III. 45. 46. 49. 50. 53.

15) Fr. 2. §. 2. fr. 5. §. 1. fr. 11. 12. §. 7. fr. 38. 39. 50. §. 5. D. de bon. libert. (38. 2).

16) Ulpian. XXIX. 2. 3., Gaius III. 43. 44.

erst durch die lex Papia Poppäa erhielt sie dawider, aber nur wenn sie Kinder geboren hatte, dieselben Rechte die das Edict dem Patron gab[17]). Zu Gunsten der Kinder des Patrons und der Patronin einer weiblichen Freigelassenen galten ähnliche Bestimmungen[18]). Zweitens verordnete das Edict, dass der Patron von der Erbschaft seines ohne Testament verstorbenen Freigelassenen nur durch dessen leibliche Kinder, nicht mehr wie bisher auch durch einen künstlichen suus, wie ein Adoptivkind oder die Ehefrau in der manus, ausgeschlossen werden sollte; sondern gegen einen solchen wurde ihm und seinen Söhnen wie im vorigen Fall ein Recht auf die bonorum possessio der Hälfte zugesprochen und dieses durch die lex Papia Poppäa ebenfalls auf des Patrones Töchter, die Patronin und deren Kinder ausgedehnt[19]). Auf weibliche Freigelassene hatte dieses keine Anwendung, weil sie keine sui haben konnten. Arglistige zur Verkürzung des Patrons geschehene Veräusserungen unter Lebenden konnten durch die actio Faviana und Calvisiana revocirt werden[20]). Drittens gab die lex Papia Poppäa, wenn ein Freigelassener ein Vermögen von hunderttausend Sestertien und weniger als drei Kinder hinterlassen hatte, selbst neben diesen leiblichen Kindern dem Patron, desgleichen der Patronin, wenn sie eine ingenua war und mindestens drei Kinder hatte, ein Recht auf einen Kindestheil[21]).

659. Durch Valentinian III. (447) kamen wieder neue Bestimmungen hinzu. Zunächst sollten die Kinder des Freigelassenen erben, und zwar selbst die in der Knechtschaft erzeugten, wenn sie nun frei waren. In Ermanglung von Kindern blieb das Recht des Patrons oder der Patronin

17) Gaius III. 52.
18) Gaius III. 45. 47. 53.
19) Man sehe Note 13. 14.
20) Paul. sent. rec III. 3., tit. D. si quid in fraud. patron. (38. 4).
21) Gaius III. 42. 50, Ulpian. XXIX. 7. Die richtige Lesart dieser letzteren Stelle giebt Unterholzner in Savigny Zeitschr. V. 103.

beim Alten. Die Rechte ihrer Kinder waren aber beschränkt. Sie hatten gegen ein Testament nur noch ein Recht auf ein Drittheil, nicht wie bisher auf die Hälfte, und auch dieses Recht hatten nur noch die Söhne, nicht wie bisher auch die Töchter. In Ermanglung eines Testamentes erhielten aber der Vater, die Mutter, der Bruder oder die Schwester des Freigelassenen, die bis dahin gar nicht in Betracht kamen, wenn sie frei waren, die Hälfte; die andere Hälfte fiel an die Erben des Manumissor. Alles dieses sollte auch von einer weiblichen Freigelassenen gelten. Also erbten nun deren Kinder vor den Kindern des Manumissor, nicht mehr wie bisher erst unter den Cognaten [22]). Endlich erhielt das Ganze von Justinian folgende Gestalt. Zunächst succediren des Freigelassenen leibliche Kinder ohne Rücksicht auf Agnation oder ob sie vor oder nach der Freilassung gezeugt sind; hierauf der Patron und die Patronin, oder deren leibliche Kinder ebenfalls ohne Rücksicht auf Agnation, oder ihre Seitenverwandten bis zum fünften Grade einschliesslich; zuletzt der überlebende Ehegatte. Will der Freigelassene ein Testament machen, so braucht er, wenn er unter hundert Goldgulden reich ist, dem Patron nichts zu vermachen; im entgegengesetzten Falle aber haben, wenn nicht leibliche Kinder eingesetzt sind, der Patron, die Patronin und ihre Nachkommen ein Recht auf ein Drittheil des Nachlasses [23]). Uebrigens fand auch gegen die Nachkommen eines Freigelassenen eine Erbfolge aus dem Patronate und der Gentilität statt [24]).

660. Freigelassene aus dem mancipium wurden nach denselben Grundsätzen beerbt, namentlich auch emancipirte

22) Nov. Valentin. III. tit. XXIV. de libertis §. 2-8.

23) C. 4. C. de bon. libert. (6. 4), §. 10. J. de grad. cognat. (3. 6), §. 3. J. de success. libert. (3. 8), §. 2. (5. 6.) J. de bonor. possess. (3. 9).

24) Cicero de orat. I. 39., Collat. leg. Mos. XVI. 8., c. 4. C. de bon. libert. (6. 4). Man sehe darüber Unterholzner in Savigny Zeitschr. V. 115.

Kinder. Hier zeigte sich besonders, wie wichtig es für den Vater war, dass die Manumission von ihm selbst geschah. Einem emancipirten Sohne succedirten also zunächst dessen haushörige und emancipirte Kinder; dann der Vater als Manumissor. Einer emancipirten Tochter succedirte der Vater als Manumissor zunächst, weil sie weder Kinder der einen noch der anderen Art haben konnte; erst Valentinian II. (383) gab ihren Kindern die erste Stelle[25]). In Ermanglung des Vaters griff, wenn eine Mutter da war, das Tertyllianische Senatusconsult ein; wo nicht, so gieng es nach der Ordnung des Edicts. War nicht der leibliche Vater sondern ein Fremder der Manumissor, so succedirte dieser nach dem Edict nicht in der zweiten oder ersten Ordnung, sondern ihm waren zehn Personen aus den nächsten Cognaten vorgezogen[26]). Nach den neuen Emancipationsformen, wo es keinen fremden Manumissor mehr giebt[27]), fiel aber jene Unterscheidung weg; daher hob Justinian die Classe der zehn Personen auf[28]). Auch machte er die Aenderung, dass er die Geschwister eines emancipirten Kindes vor die Eltern stellte, nur mit Vorbehalt des Niessbrauchs für dieselben[29]). Seit der Novelle 118. traten aber die gewöhnlichen Regeln ein. Der Manumissor hatte auch, wenn er der leibliche Vater oder Grossvater war, wie der Patron das Recht gegen ein Testament des Emancipirten die Hälfte des Nachlasses zu reclamiren[30]); die Favianische und Calvisianische Klage wurde ihm aber nicht gestattet[31]).

25) C. 3. C. Th. de legit. hered. (5. 1). Das Orphitianische Senatusconsult bezog sich also auf diesen Fall nicht.

26) Collat. leg. Mos. XVI. 9., §. 3. J. de bonor. posses. (3. 9).

27) §. 8. J. de legit. adgnat. success. (3. 2), c. 4. C. de bon. libert. (6. 4).

28) §. 4. J. de bonor. possess. (3. 9).

29) C. 7. §. 1. C. ad SC. Tertyll. (6. 56), c. 13. C. de legit. haered. (6. 58).

30) Fr. 1. 3. 5. D. si a parente (37. 12), fr. 2. §. 15. 16. D. ad SC. Tertyll. (38. 17), §. 6. J. quib. mod. ius potest. (1. 12), Theophil. I. 12. §. 6.

31) Fr. 2. D. si a parente (27. 12).

661. War der aus der Knechtschaft Freigelassene nicht ein römischer Bürger sondern nur ein latinus Junianus, so sollte nach einer ausdrücklichen Bestimmung der lex Junia sein Nachlass wie ein peculium an den Herrn fallen, so wie dieses vor jener lex bei dem blos factisch frei Gewordenen geschehen war. Der Nachlass wurde also noch zum Vermögen des Herrn gerechnet, und fiel daher, wenn dieser bereits verstorben war, denjenigen zu, die ihn beerbt hatten [32]). Das Largianische Senatusconsult unter Claudius gab jedoch den Kindern des Freilassers, wenn sie nicht etwa namentlich enterbt waren, ein selbstständiges Erbrecht vor den fremden Erben [33]). Hatte ein Latiner ohne Zustimmung des Patrons vom Kaiser die Civität erhalten, so wurde nach einem Edicte Trajans sein Nachlass noch wie der eines Latiners behandelt [34]). War der Freigelassene blos ein Dediticier im Sinne der lex Aelia Sentia gewesen, so fiel sein Nachlass an den Patron bald als Erbschaft bald als peculium [35]).

Zwei und zwanzigstes Kapitel.

Von dem Erwerb einer Erbschaft.

662. Vor Allem kommt es hier darauf an, ob der Verstorbene ein Testament hinterlassen hatte. War dieses der Fall, so musste gleich nach dessen Tode, längstens binnen fünf Tagen, derjenige, welcher dasselbe in Händen hatte, es zur Eröffnung einer öffentlichen Behörde übergeben [1]).

---

32) Gaius III. 55—62. Man sehe §. 489.

33) Gaius III. 63—71., §. 4. J. de success. libert. (3. 7).

34) Gaius III. 72. 73., §. 4. J. de success. libert. (3. 7).

35) Gaius III. 74. 75. 76.

1) Paul. sent. rec. IV. 6. §. 3., fr. 2. §. 8. D. testam. quemadm. (29. 3), c. 1. 4. C. quemadm. testam. (6. 32).

Dieses waren die Prätoren, die Statthalter, die Stadtmagistrate, in Constantinopel der magister census[2]). Hier wurde das Testament unter Zuziehung der auf der Aussenseite adscribirten Zeugen, nöthigenfalls auch anderer ehrbaren Männer erbrochen, verlesen, Abschriften davon gegeben, und das Original im Archiv niedergelegt[3]).

663. In Beziehung auf den Erwerb der Erbschaften gab es nach dem Civilrecht eine wichtige Unterscheidung. Personen, welche in der Gewalt des Erblassers gestanden hatten, wurden, wenn sie zu dessen Nachlass berufen waren, unmittelbar nach seinem Tode Erben, selbst wider Wissen und Willen. Dieses trat ein bei dem Knecht, der im Testament manumittirt und zum Erben eingesetzt war; ferner unter gleicher Voraussetzung bei denen, die man im mancipium gehabt hatte; endlich auch bei solchen, die unter dem Erblasser als Haushörige gestanden hatten, und zwar ohne Unterschied, ob sie als testamentarische oder als Intestaterben succedirten. Die Erben der zwei ersten Arten wurden heredes necessarii, die der letzten Art sui et necessarii genannt. Dass die Erbschaft verschuldet war, befreite sie nicht, vielmehr bediente man sich eben dann oft der Erbeinsetzung eines Knechts, um die Schmach von dem Verstorbenen abzuwenden. Später hat jedoch der Prätor den Haushörigen und denen im mancipium das Recht gegeben, sich der Erbschaft zu enthalten[4]).

664. Erben anderer Art hiessen heredes extranei, und diese hatten die Wahl, ob sie die deferirte Erbschaft annehmen wollten oder nicht[5]). Die Annahme konnte zur Zeit der klassischen Jurisprudenz sowohl von den testamentarischen als den Intestaterben auf dreifache Weise ge-

---

2) C. 4. C. Th. de testam. (6. 4), c. 23. C. de testam. (6. 23).

3) Paul. sent. rec. IV. 6. §. 1. 2., fr. 1. 2. pr. §. 5. 6. fr. 4. 5. 6. 7. D. testam. quemadm. (29. 3), c. 2. 3. C. quemadm. testam. (6. 32). Man sehe Savigny Röm. Recht im Mittelalter I. §. 27.

4) Gaius II. 152—160., Ulpian. XXII. 24., Collat. leg. Mos. XVI. 3.

5) Gaius II. 162. 163.

schehen: durch eine förmliche Erklärung vor Zeugen, was cernere hereditatem hiess[6]), durch eine simple Willensäusserung, oder stillschweigend indem man sich als Erbe gerirte; und zwar hatte man unter diesen drei Formen die Wahl, wenn nicht im Testament die Einsetzung mit cretio geschehen war[7]). Dieses ohne Noth complicirte Recht kann nicht das ursprüngliche sein, sondern ursprünglich muss die cretio besondere Beziehungen gehabt haben, die nicht mehr zu enträthseln sind[8]). Um sich zu erklären war dem Berufenen vom Gesetz keine Frist bestimmt, sondern man überliess es den Creditoren dafür thätig zu sein, indem sie sich an den Prätor wenden und von diesem eine Frist setzen lassen konnten[9]). Bei einer testamentarischen Einsetzung sorgte dafür der Testator gewöhnlich selbst, indem er die cretio innerhalb einer gewissen Zeit, regelmässig hundert Tage, zur Bedingung machte[10]). Dieses ist die hauptsächliche Bedeutung, welche die cretio noch hatte. Von der dabei gebrauchten Formel hieng es ab, ob die cretio eine vulgaris oder eine cretio certorum dierum war, das heisst ob jene Tage mit Rücksicht auf das Wissen und Können des Berufenen oder absolut berechnet wurden[11]). Während der gesetzten Frist blieb das Recht der cretio unbedingt offen; wenn man daher auch die Erbschaft nicht annehmen zu wollen erklärt hatte, so war dieses vor Ablauf der Frist nicht bindend; anders in dem Falle, wo keine cretio gegeben war[12]). Nach Ablauf der

6) Gaius II. 166., Ulpian. XXII. 28., Varro de ling. lat. VI. 81. VII. 98., Cicero ad Attic. XI. 2. 12.

7) Gaius II. 167., Ulpian. XXII. 25. 26.

8) Danz Gesch. des röm. Rechts II. 23—30. stellt darüber Vermuthungen auf, die jedoch in keiner Weise befriedigen. Eben so wenig Licht gewährt Leist Bonorum possessio I. 17—19. 64—67. II. 1, 120—141.

9) Gaius II. 167., fr. 23. §. 1. 2. D. de haered. inst. (28. 5).

10) Gaius II. 164. 165. 170., Ulpian. XXII. 27., Cicero ad Attic. XIII. 46., Isidor. Orig. V. 24.

11) Gaius II. 171—173., Ulpian. XXII. 31. 32.

12) Gaius II. 168. 169., Ulpian. XXII. 29. 30.

Frist war aber durch die Unterlassung der auferlegten cretio das daran geknüpfte Recht, jedoch auch nur dieses, verwirkt; nicht auch das aus der inzwischen etwa vorgenommenen unfeierlichen Antretung. Dieses zeigte sich in folgender Unterscheidung. War die cretio vorgeschrieben und auf den Fall der Unterlassung ausdrücklich die Exhäredation festgesetzt, so konnte es dem Berufenen nicht nützen, dass er ohne cretio sich als Erbe gerirt hatte; sondern nach Ablauf der Frist, aber auch nicht eher, rückte der eventuell substituirte Erbe ganz an dessen Stelle ein. War aber die Exhäredation nicht ausdrücklich ausgesprochen, so war jeder von Beiden Erbe; der Erste durch die pro herede gestio, der Zweite wegen der unterbliebenen cretio; also theilten sie [13]). Doch gab Marcus Aurelius in diesem Falle dem Ersten die Erbschaft ganz, stellte also die pro herede gestio der cretio gleich [14]). Im späteren Recht ist die cretio nach und nach ganz abgeschafft worden [15]). Uebrigens konnte die Antrittserklärung schon vor der Eröffnung des Testaments geschehen. Die lex Papia änderte dieses zwar aus fiscalischen Gründen, weil sie die Erbschaft, wozu der Berufene vor der Antretung starb, dem Fiscus zusprach. Justinian stellte aber die alte Regel her [16]).

665. Die bonorum possessio wurde nie von selbst erworben, sondern selbst Knechte und Hauskinder mussten dieselbe bei einer römischen Obrigkeit, die das imperium hatte [17]), in einer bestimmten Form nachsuchen. Später wurde jede Anzeige, selbst nur vor städtischen Magistraten,

---

13) Gaius II. 174—178., Ulpian. XXII. 33. 34. Das zweite ist der Fall der imperfecta cretio.

14) Ulpian. XXII. 34.

15) C. 1. C. Th. de cretione (4. 1), c. 1. 4. 8. C. Th. de matern. bon. (8. 18), c. 17. C. de iure delib. (6. 30), §. 7. J. de hered. qualit. (2. 19).

16) C. un. §. 1. 5. C. de caduc. tollend. (6. 51).

17) Fr. 3. 4. D. de iurisd. (2. 1), fr. 26. pr. D. ad municipal. (50. 1).

für hinreichend erklärt [18]). Den Berufenen war eine gewisse Frist gesetzt; Descendenten und Ascendenten ein Jahr, den Anderen hundert Tage [19]). Gründete sich das Gesuch wie gewöhnlich auf die unmittelbare Delation aus dem Edict, so gewährte der Prätor den Besitz entweder, wenn Alles klar war, durch eine einfache Erklärung de plano, oder wenn eine Untersuchung nöthig war, nach vorgenommener causae cognitio pro tribunali [20]). Neben dieser bonorum possessio edictalis gab es aber für gewisse Fälle eine bonorum possessio decretalis, die ein immer auf eine causae cognitio gestütztes decretum voraussetzte [21]).

666. So lange die Erbschaft noch nicht angetreten oder die bonorum possessio noch nicht nachgesucht war, galt sie nur als dem Berufenen persönlich deferirt; er transmittirte daher, wenn er in der Zwischenzeit starb, sein Recht auf seine Erben nicht [22]). Einige Ausnahmen, welche die Jurisprudenz [23]) dann Theodosius [24]) und Justinian [25]) machten, sind hier nicht weiter auszuführen. Eine eigenthümliche Bestimmung war, dass der Intestaterbe, nicht aber auch der Testamenterbe, die angetretene Erbschaft vor der Antretung doch durch gerichtliche Cession auf einen Anderen übertragen konnte [26]). War die Erbschaft einem

18) C. 9. C. qui admitti (6. 9), c. 7. §. 3. C. de curat. furiosi (5. 70), §. 10. J. de bon. poss. (3. 9).

19) Fr. 1. §. 8—18. D. de success. edict. (38. 9), §. 9. J. de bon. poss. (3. 9).

20) Fr. 3. §. 8. D. de bon. poss. (37. 1), fr. 2. §. 1. D. quis ordo (38. 15), fr. 4. D. de coniung. cum emanc. (37. 8).

21) Fr. 1. §. 4. D. si tabulae (38. 6), fr. 1. §. 7. D. de success. edict. (38. 9), fr. 2. §. 1. D. quis ordo (38. 5). Man sehe darüber Leist Bonorum possessio II. 1, 102. 310—313. II. 2, 343—346.

22) C. 7. C. de iure deliber. (6. 30).

23) Fr. 3. §. 30. fr. 4. D. de SC. Silan. (29. 5), fr. 4. §. 3. fr. 5. D. de bon. poss. contra tab. (37. 4), fr. 12. D. de Carbon. edict. (37. 10).

24) C. un. C. de his qui ante aport. tabul. (6. 52).

25) C. 19. C. de iure delib. (6. 30), c. 1. §. 5. C. de caduc. toll. (6. 52).

26) Gaius II. 34—37. III. 85—87., Ulpian. XIX. 12. 13. 14.

noch im Mutterleibe befindlichen Kinde oder Enkel des Erblassers deferirt, so sollte zur Wahrung seiner Interessen die Mutter auf ihr Ansuchen unter Beiordnung eines Curators in den vorläufigen Besitz gesetzt werden[27]). In gleichem Sinne konnte nach dem Edict des Prätors Carbo das zur Erbschaft berufene unmündige Kind, dem seine Kindschaft bestritten wurde, gegen Caution bis zur Mündigkeit den interimistischen Besitz verlangen[28]).

667. Die Wirkung des Erwerbes bestand nach dem Civilrecht darin, dass der Erbe im Vermögen ganz an die Stelle des Verstorbenen trat[29]). Das quiritische Eigenthum[30]) und die Klagrechte giengen also buchstäblich auf ihn über. Desgleichen wurde er für die Schulden verbindlich, so als ob er sie selbst contrahirt hätte[31]). Bei der prätorischen Succession traten analogerweise dieselben Wirkungen ein. Unter der Fiction dass der Nachfolger gleichsam Erbe sei, wurden die für und wider den wahren Erben geltenden Klagrechte auch auf ihn angewendet[32]). Jedoch erwarb er nur das natürliche Eigenthum, welches erst durch die Usucapion in das quiritische übergieng[33]). Der Schulden wegen musste also der Erbe mit seiner Antrittserklärung vorsichtig sein, und es wurde ihm dazu immer, wenn ihn die Creditoren drängten, eine angemessene Deliberationsfrist bewilligt[34]). Justinian erfand aber für ihn ein besonderes Sicherungsmittel, die Antretung unter Errichtung eines

---

27) Tit. D. de ventre in possess. mittendo (37. 9).

28) Tit. D. de Carboniano edicto (37. 10). Davon handelt Altmann De bonorum possessione ex Carboniano edicto. Vratisl. 1855.

29) Fr. 24. D. de verb. sign. (50. 16), fr. 59. 62. D. de regul. iur. (50. 17).

30) Varro de re rust. II. 10.

31) Fr. 8. pr. D. de acquir. vel omitt. haered. (29. 2).

32) Gaius III. 32. 81. IV. 34., Ulpian. XXVIII. 12.

33) Gaius III. 80.

34) Gaius II. 167., fr. 1—5. D. de iure deliber. (28. 8), c. 9. C. de iure deliber. (6. 30).

Inventars[35]). Die Erbittung einer Deliberationsfrist wurde dadurch eigentlich überflüssig; doch liess er auch diesen Rechtsweg mit eigenthümlichen Wirkungen bestehen[36]).

668. Zur Verfolgung seines Rechts gegen Dritte hatte der Civilerbe die hereditatis petitio, worüber ein Senatusconsult unter Hadrian genauere Bestimmungen erliess[37]). So lange diese Klage nicht ausgemacht war, konnten andere Klagen über die Erbschaft nach dem alten Recht nur mit einem Vorbehalt angestellt, später vom Beklagten durch eine Exception ganz zurückgewiesen werden[38]), bis dass Justinian diesen Punkt anders ordnete[39]). Der prätorische Nachfolger hatte um sich den Besitz der Erbschaftsachen zu verschaffen gegen Dritte ein eigenes Interdict[40]). Daneben entstand für ihn, man weis nicht gewiss wie und zu welchem Bedürfniss, eine hereditatis petitio possessoria[41]). Durch ein auf die schnellere Beitreibung der Erbschaftsteuer berechnetes Edict Hadrians erhielt der Testamenterbe noch das besondere Recht, auf den Grund des vor der Obrigkeit gehörig eröffneten Testaments die augenblickliche Einweisung in den Besitz zu verlangen[42]).

35) C. 22. C. de iure deliber. (6. 30), §. 6. J. de hered. qualit. (2. 19), nov. 1. c. 2.

36) C. 22. §. 13. 13. C. de iure deliber. (6. 30), §. 6. J. de hered. qualit. (2. 19).

37) Fr. 20. §. 6. D. de herod. petit. (5. 3), c. 1. pr. C. de petit. hered. (3. 31).

38) Gaius IV. 133., fr. 1. §. 1. D. famil. here. (10. 2), fr. 13. D. de except. (44. 2), fr. 25. §. 17. D. de hered. petit. (5. 3).

39) C. 12. C. de petit. hered. (3. 31).

40) Interdictum quorum bonorum, Gaius III. 34. IV. 144., D. XLIII. 2., C. J. VIII. 2., C. Th. IV. 21. Die Bedeutung dieses Interdicts ist erst aufgeklärt von Savigny in der Zeitschr. V. 1—25. VI. 229—272., Verm. Schriften II. 216—290. Andere Ansichten hat darüber Leist Bonorum possessio I. 306—399. II. 2, 162 - 217. 257—260. 340. Diese sind geprüft von Savigny Verm. Schriften II. 291—320.

41) Fr. 1. 2. D. de possess. hered. petit. (5. 4). Davon handelt in Verbindung mit seinen eigenthümlichen Ansichten und Hypothesen Leist Bonorum possessio II. 2, 16—63.

42) C. 26. C. Th. quor. appellat. (11. 36), Paul. sent. rec. III. 5. §. 14—18., c. 3. C. de edicto D. Hadr. (6. 33).

669. Waren der Erben mehrere, so zerfielen die Geldforderungen und Schulden schon nach dem Gesetz der zwölf Tafeln unmittelbar und von Rechtswegen in eben so viele Theile[43]). An den übrigen Sachen entstand eine Gemeinschaft; doch konnte jeder Miterbe durch eine ebenfalls aus den zwölf Tafeln herrührende Klage die Auseinandersetzung erzwingen[44]). Die haushörigen Kinder mussten natürlich das concedirte Peculium an die Masse abgeben, wenn es ihnen nicht prälegirt war[45]). Andrerseits musste aber auch der Emancipirte, wenn er nach dem Edict mit Haushörigen in der Klasse der Kinder oder gegen das Testament succedirte, wie billig seinen während der Emancipation gemachten Erwerb in die Masse einwerfen[46]). In gleichem Geiste wurde auch die Tochter, wenn sie mit erben wollte, die empfangene Dos zu conferiren verpflichtet[47]).

670. Da nach dem Civilrecht dem Erben zur Antretung keine Frist vorgeschrieben, eine Verzögerung derselben aber sowohl den sacra als den Creditoren nachtheilig war, so gab es im alten Recht um ihn zu drängen ein eigenthümliches Mittel[48]). So lange nämlich die Erbschaft

43) Fr. 25. §. 13. D. famil. hercisc. (10. 2), c. 6. C. famil. hercisc. (3. 36).

44) Fr. 1. pr. D. famil. hercisc. (10. 2), Festus v. erctum citum, Servius ad Aen. VIII. 642.

45) Fragm. Vatic. §. 294., c. 13. C. famil. hercisc. (3. 36).

46) Ulpian. XXVIII. 4., fr. 1. pr. §. 3. 5. D. de collat. (37. 6), fr. 1. pr. §. 13. D. de coniung. cum emanc. liber. (37. 8), c. 18. 21. C. de collat. (6. 20).

47) Fr. 1. pr. fr. 9. D. de dot. collat. (37. 7), c. 2. 3. 4. 7. 12. 14. 16. 17. 19. C. de collat. (6. 20).

48) Davon handeln: Arndts Beiträge. 1837. S. 75—108., Leist Bonorum possessio Th. I. 1844. S. 19—41., Huschke in Savigny Zeitschr. Th. XIV. 1848. S. 145—229., Stintzing Röm. Usucapionslehre. 1852. S. 24—33., C. Sell Dingliche Rechte. Th. I. 1852. §. 43—48., Scheurl Beiträge Th. I. 1852. S. 94—191. Th. II. 1854. S. 46—52., Schirmer Grundidee der Usucapion. 1855. S. 53—72., Zielonacki Abhandlungen. 1859. S. 1—44. Sowohl über den Grund dieser

noch nicht angetreten war, konnte Jeder wer wollte sie als eine herrenlose Sache sich aneignen und sie usucapiren, und zwar schon in Jahresfrist[49]). Nach der späteren, gewiss schon unter den ersten Kaisern, vielleicht schon zur Zeit Ciceros, festgestellten Jurisprudenz wurde aber die Erbschaft als solche nicht mehr für einen Gegenstand der usucapio gehalten[50]). An den einzelnen Erbschaftsachen blieb sie jedoch und zwar in einer so eigenthümlichen Ausdehnung möglich, dass so lange der Erbe den Besitz nicht erlangt hatte, jeder Andere, ohne Unterschied ob er Erbe zu sein meinte oder nicht, dieselben occupiren und in einem Jahr usucapiren konnte[51]). Hiemit stand auch der Grundsatz in Verbindung, dass an Erbschaftsachen, so lange der Erbe sie nicht zu sich genommen hatte, kein furtum begangen wurde[52]). Jene Usucapion war insbesondere für den prätorischen Erben in den Fällen wichtig, wo ihm der Nachlass durch einen Civilerben evincirt werden konnte[53]). Ein Senatusconsult unter Hadrian, vielleicht dasselbe welches die Erbschaftklage regulirte, machte aber alle jene Usucapionen dem Erben gegenüber wirkungslos, und gestattete diesem die Rückforderung, so als ob nicht usucapirt wäre[54]). Dasselbe Recht wurde dann auch dem prätorischen Erben beigelegt, und daher die Formel des ihm zustehenden Interdicts in diesem Sinne erweitert[55]). Wahrscheinlich gieng auch das Senatusconsult

usucapio pro herede wie über Einzelnheiten giebt es aber Meinungsverschiedenheiten, die zu erörtern hier zu weitläufig wäre.

49) Gaius II. 54., Cicero ad Attic. I. 5.

50) Seneca de benef. VI. 5., Gaius II. 54.

51) Gaius II. 52—56., Plinius epist. V. 1.

52) Paul. sent. rec. II. 31. §. 11., Gaius III. 201.; fr. 68. 69. 70. D. de furt. (47. 2), fr. 1. §. 15. D. si is qui testam. liber. (47. 4).

53) Denn jede bonorum possessio, auch die sine re, begründete eine possessio und usucapio pro herede, fr. 11. pr. D. de hered. pet. (5. 3), fr. 33. §. 1. D. de usurpat. (41. 3).

54) Gaius II. 57., c. 1. C. de usucap. pro herede (7. 29).

55) Fr. 1. pr. D. quae bonor. (43. 2).

sowohl gegen den, der die Erbschaftsache wissentlich als eine fremde, als gegen den, der sie in der guten Meinung Erbe zu sein occupirt und usucapirt hatte [56]). Uebrigens entzog es aber jener Usucapion ihre Wirkung blos gegenüber dem Erben, nicht auch in Beziehung zu dritten Personen; daher konnte von ihr als einem praktischen Institut auch noch nach Hadrian die Rede sein. Ob sie auch neben solche Personen eintrete, die von Rechtswegen ohne Antretung Erbe werden, wurde von der Jurisprudenz für die necessarii bejaht [57]), für die sui et necessarii verneint [58]). Nachdem aber seit Marcus Aurelius die Beraubung einer Erbschaft als ein Vergehen ausserordentlicher Weise verfolgt werden konnte [59]), musste jene Usucapion ihre Anwendung auf denjenigen, der mit wissentlichem Unrecht occupirt hatte, verlieren [60]). Im Justinianischen Recht bezieht sie sich daher nur auf den Fall, wo Einer im guten Glauben der Erbe zu sein occupirt hat. Ob diese nun unbedingt, auch gegen den wirklichen Erben wirke, ist sehr streitig [61]).

671. Mit allen diesen Verhältnissen stand auch der Uebergang der dem Verstorbenen etwa obgelegenen sacra in Verbindung [62]). Diese gehörten zunächst und an sich zur haereditas, und zu den Verbindlichkeiten, die den haeredes als solchen oblagen. Daneben wurde jedoch aus

---

56) Diese Ansicht ist von Arndts genau discutirt. Ihr folgen auch Huschke S. 216—220., Zielenacki S. 18.

57) Gaius II. 58. III. 201. Die richtige Erklärung giebt Unterholzner im Rhein. Museum V. 30. Ihr folgt auch Huschke S. 172.

58) C. 2. C. de usucap. pro herede (7. 29). Ueber den Grund dieses Unterschiedes giebt Huschke S. 167—174. eine gewiss zu subtile Erklärung. Weniger unbefriedigend ist die von Seil §. 44.

59) Fr. 1. 2. D. expil. haered. (47. 19).

60) Diese Einwirkung bestreitet jedoch Huschke S. 222.

61) Die Meisten verneinen es. Man sehe die Citate bei Seil §. 48., Vangerow Leitfaden I. §. 320. Für die Bejahung ist Zienelacki S. 21.

62) Davon handeln: Savigny in der Zeitschr. II. 362—380., Verm. Schriften I. 153—173., Leist Bonorum possessio I. 10—17. 41—54.

Billigkeit und um ihre Fortdauer recht zu sichern die Rücksicht auf das Vermögen gestellt[63]). Daher fiel die Verpflichtung zu diesen sacra nach der zu Ciceros Zeit ausgebildeten jüngern Theorie zuerst auf die Erben gemeinschaftlich, ohne Unterschied der Grösse ihres Erbtheiles. Zweitens traf sie auch den, welcher an Legaten oder Schenkungen auf den Todesfall das halbe Vermögen wegnahm, was aber durch Spitzfindigkeiten umgangen werden konnte; dann drittens den, welcher als bonorum possessor oder anders das Meiste vom Nachlass usucapirte; hierauf nach der wahrscheinlichsten Auslegung den, welcher den Creditoren die meisten Procente geboten und dafür den Nachlass zugesprochen erhalten hatte[64]); endlich den Schuldner des Verstorbenen, weil er wegen des vacant bleibenden Nachlasses von der Schuld frei wurde[65]).

Drei und zwanzigstes Kapitel.

Von den Legaten und Fideicommissen.

672. Neben der Erbeinsetzung konnten in einem Testament auch Legate hinterlassen werden. Dabei waren jedoch mancherlei Stücke zu beobachten. Erstlich musste die Ernennung des Erben voranstehen, die Legate nachfolgen, was erst Justinian als unerheblich erklärte[1]). Zweitens konnte nur ein Erbe, nicht auch ein Legatar, mit einem Legat beschwert werden[2]). Drittens war dabei der

63) Man sehe §. 148. Note 33. 34.

64) Leist versteht es von dem Creditor, der aus dem Nachlass das Meiste an Pfändern erhalten hätte.

65) Festus v. sine sacris, Cicero de legib. II. 19. 20. 21.

1) Gaius II. 229. 230., Ulpian. I. 20. 21. XXIV. 15., Paul. sent. rec. III. 6. §. 2., §. 34. J. de legat. (2. 20).

2) Gaius II. 260. 271., Ulpian. XXIV. 20.

Gebrauch der lateinischen Sprache [3]) und bestimmter befehlender Worte wesentlich [4]), bis dass Constantins Söhne dieses wie bei den Erbeinsetzungen aufhoben [5]). Ob Legate in der alten Zeit nur in einem civilrechtlichen, oder von wo an sie auch in einem prätorischen Testamente hinterlassen werden durften, ist ungewiss. Gegenstand eines Legates konnte Alles sein, was dem Bedachten einen Vermögensvortheil gewährte [6]). Ungültig war jedoch Etwas erst vom Tode des Erben an zu legiren [7]), oder demselben ein Legat als Strafbedingung aufzulegen [8]), bis dass Justinian sowohl Jenes [9]) wie Dieses änderte [10]). Endlich konnte nur Solchen legirt werden, welche fähig waren zu Erben ernannt zu werden [11]). Bei Frauen bezog sich jedoch das von der lex Voconia aufgestellte Verbot der Erbeinsetzung durch Bürger der ersten Klasse nicht auch auf Vermächtnisse; auch gieng man unter den Kaisern bei Städten und Corporationen von jenem Grundsatz ab [12]). Ob ein Legat an das Hauskind oder den Knecht des eingesetzten Erben gültig sei, war unter den Schulen bestritten [13]).

673. Die juristischen Wirkungen eines Legates konnten nach den Absichten des Testirers verschieden sein. Die Jurisprudenz unterschied darnach vier Formen [14]). Sollte

---

3) Gaius II. 281., Ulpian. XXV. 9.

4) Ulpian. XXIV. 1.

5) C. 21. C. de legat. (6. 37).

6) §. 4—21. J. de legat. (2. 20).

7) Gaius II. 232. 233., Ulpian. XXIV. 16., Paul. sent. rec. III. 6. §. 5. 6.

8) Capitol. Antonin. Pius 8., Gaius II. 235. 236., Ulpian. XXIV. 17., fr. 1. 2. D. de his quae poenae causa (34. 6).

9) C. 1. C. ut aet. ab haered. (4. 11), §. 35. J. de legat. (2. 20).

10) C. 1. C. de his quae poenae nomine (6. 41), §. 36. J. de legat. (2. 20).

11) §. 24. J. de legat. (2. 20).

12) Ulpian. XXIV. 28., fr. 20. D. de reb. dub. (34. 5).

13) Gaius II. 244., Ulpian. XXIV. 23., §. 32. J. de legat. (2. 20).

14) Legatum per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem, Gaius II. 192., Ulpian. XXIV. 2.

nach dem vom Testator gewählten Ausdruck der Legatar die vermachte Sache unmittelbar aus dem Nachlass erwerben, so gieng das quiritische Eigenthum derselben im Augenblick der Erbschaftantretung ohne alles Zuthun des Erben auf Jenen über, und er konnte das Legat durch eine Vindication abfordern [15]). Natürlich konnten aber in dieser Form nur solche Gegenstände legirt werden, woran eine Vindication zulässig war, und die im quiritischen Eigenthum des Verstorbenen gestanden hatten [16]). War hingegen die Disposition an den Erben gerichtet, dass dieser dem Legatar die Sache zu geben oder eine Handlung zu leisten hätte, so entstand daraus zunächst nur ein obligatorisches Verhältniss und eine persönliche Klage [17]), im ersten Falle eine condictio [18]), im zweiten eine actio incerti [19]); das Eigenthum an der Sache wurde erst durch die Mancipation oder Tradition erworben. In dieser Form konnten auch Sachen, die der Testirer blos im natürlichen Eigenthum gehabt hatte, selbst fremde oder zukünftige legirt werden [20]). Eine dritte Form war, wenn dem Erben blos auferlegt war zu gestatten, dass der Legatar sich die Sache nähme. Auf diese Weise konnten nicht blos Sachen des Testators sondern auch des Erben legirt werden; fremde Sachen aber natürlich nicht [21]). Die vierte Form endlich lautete dahin, dass einer eine Sache zum Voraus wegnehmen sollte. Aus diesem Ausdruck folgte, dass auf solche

15) Gaius II. 193. 194. 195. 199. 200., Ulpian. XXIV. 3. 12.

16) Gaius II. 196. 198., Ulpian. XXIV. 7.

17) Gaius II. 201. 204. 205., Ulpian. XXIV. 4. 13. Huschke Nexum S. 212—224., Rudorff in der Zeitschr XIV. 399—417. behaupten, dass die Verbindlichkeit aus dem legatum per damnationem ursprünglich der aus dem nexus (Kap. XV. Note 47. Nr. 5) ganz gleich gestanden habe. Dieses beruht jedoch auf rein willkührlichen Combinationen.

18) Fr. 9. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1).

19) Fr. 8. D. de usufr. ear. rer. (7. 5), fr. 1. D. de usu et usufr. (33. 2).

20) Gaius II. 202. 203. 262. 280. 282. 283., Ulpian. XXIV. 8. 9.

21) Gaius II. 209—215. 280., Ulpian. XXIV. 5. 10.

Weise nur eine zum Nachlass gehörende, keine fremde Sache legirt werden konnte, auch nur an einen der Miterben selbst, der dann mit der Erbtheilungsklage das Legat abforderte und durch die Adjudication das Eigenthum erwarb. Die Proculejauer liessen jedoch ein solches Legat auch an einen Fremden gelten, und behandelten es so, als ob in der Form der Vindication legirt wäre [22]). Eine wesentliche Milderung in dieser ganzen Lehre machte aber schon ein Senatusconsult unter Nero. Nach diesem sollte ein Legat, welches wegen der gebrauchten fehlerhaften Worte nach Civilrecht ungültig wäre, namentlich das in einer unstatthaften Form hinterlassene Legat einer fremden Sache, so angesehen werden, als ob es in der Form der Damnation hinterlassen wäre [23]). Endlich hob Justinian alle Unterschiede durch die Vorschrift auf, dass aus jedem Legat sowohl eine dingliche wie eine persönliche Klage entstehen sollte [24]). Eine condictio auf ein eigentliches Geben ist aber diese letztere nicht mehr, sondern nur eine Klage auf Tradiren [25]).

674. Die Form der Legate reichte aber doch nicht für alle Fälle aus. Es konnte leicht vorkommen, dass man Einem etwas zuwenden wollte, der zu einer Erbeinsetzung oder zu einem Legat unfähig war, namentlich einem Peregrinen [26]). Hier half man sich so, dass man einen Anderen zum Erben machte und ihn bat, Jenem die Sache zu restituiren. Die Erfüllung hieng freilich ursprünglich nur von dessen Gewissen ab; Augustus aber übertrug die Cognition solcher Händel durch eine besondere jährlich zu erneuernde Delegation den Consuln; Claudius endlich machte diese Jurisdiction zu einem stehenden Attribut nicht blos der

22) Gaius II. 216—223., Ulpian. XXIV. 6. 11., Paul. sent. rec. III. 6. §. 1.

23) Gaius II. 197. 212. 218. 220. 222., Ulpian. XXIV. 11 a.

24) C. 1. C. commun. de legat. (6. 43), §. 2. J. de legat. (2. 20).

25) Den Grund sehe man im §. 592.

26) Gaius II. 285.

Consuln, sondern auch zweier eigends dazu ernannter Prätoren und der Statthalter der Provinzen [27]). So entstand das Institut der Fideicommisse, der blos bittweise auferlegten Vermächtnisse [28]). Zwischen ihnen und den Legaten waren wesentliche Unterschiede, und die meisten der bei diesen und bei den Erbeinsetzungen statt findenden Beschränkungen galten bei jenen nicht [29]). Namentlich konnten Weiber ohne Rücksicht auf die lex Voconia und Junianische Latiner Fideicommisse erhalten [30]). Ursprünglich waren auch Peregrinen, Hagestolze, Kinderlose und ungewisse Personen dessen fähig; allein dieses wurde durch Senatusconsulto geändert; auch gestattete man später so wenig Fideicommisse wie Legate dem Erben als Strafbedingung aufzulegen [31]).

675. Die Klage aus einem Fideicommiss wurde nicht wie bei Legaten nach dem regelmässigen Formularprocess, sondern im Wege einer ausserordentlichen Cognition verhandelt [32]). Sie gieng blos auf Ablieferung der Sache; das Eigenthum wurde immer erst durch Mancipation, Tradition und Usucapion erworben. Dabei wird eine Immission erwähnt, deren Bedeutung ungewiss ist [33]). Jener Unterschied des Verfahrens musste aber mit den Veränderungen der Procedur grösstentheils verschwinden. Justinian machte da-

27) §. 1. J. de fideicomm. (2. 23), fr. 2. §. 32. D. de orig. iur. (1. 2), Sueton. Claud. 23., Quintil. Inst. orat. III. 6. §. 70., Ulpian. XXV. 12., Gaius II. 278. Man vergleiche dazu Kap. III. Note 20.

28) Ulpian. XXV. 1—5., Gaius II. 249. 260—262., Paul. sent. rec. IV. 1. §. 5—9.

29) Gaius II. 268. 269. 271. 272. 276—283., Ulpian. XXV. 8. 9. 10., Paul. sent. rec. IV. 1. §. 11. 12. Ueber die Stelle des Gajus II. 276. sehe man Huschke Gajus S. 53.

30) Gaius I. 24. II. 274. 275., Ulpian. XXV. 7.

31) Gaius II. 274—288., Ulpian. XXV. 13., §. 25. 27. J. de legat. (2. 20).

32) Gaius II. 278—280., Ulpian. XXV. 12., Paul. sent. rec. IV. 1. §. 18.

33) Paul. sent. rec. IV. 1. §. 15. 17., c. 1. C. commun. de legat. (6. 43).

her in derselben Constitution, worin er den Unterschied der Legate aufhob, auch die Fideicommisse den Legaten in Beziehung auf die Klagrechte völlig gleich, und legte jenen wie diesen sowohl eine dingliche wie eine persönliche Klage bei [34]). Bald darauf schmolz er beide Institute auch in den übrigen Punkten zu einem einzigen System zusammen [35]). In jener ersten Constitution gab er ausserdem dem Legatar und Fideicommissar zu seiner Sicherheit eine gesetzliche Hypothek an den Erbschaftsachen; die Immission aber schaffte er ab [36]).

676. Gleichzeitig mit den Fideicommissen und durch ein solches veranlasst entstand eine andere wichtige Neuerung. Es wurde den Vermächtnissen, wenn sie auch nicht in einem Testamente sondern in blossen Codicillen hinterlassen waren, juristische Kraft beigelegt [37]). Anfangs scheint dieses freilich nur für die im Testamente confirmirten Codicille gegolten zu haben [38]); so lautete noch später das Recht bei den Legaten. Fideicommisse hingegen waren auch in nicht confirmirten Codicillen gültig [39]); sie konnten daher selbst dem Intestaterben auferlegt werden [40]). Zu Erbeinsetzungen und was sich darauf bezog durften aber Codicille nicht gebraucht werden [41]). Eine feste Form gab es für sie nicht; später mussten sie zwar vor einer bestimmten Zahl von Zeugen errichtet werden [42]); in sollenner Weise

34) C. 1. C. commun. de legat. (6. 43).

35) C. 2. C. commun. de legat. (6. 43), §. 3. J. de legat. (2. 20).

36) C. 1. 3. §. 2. C. commun. de legat. (6. 43), §. 2. J. de legat. (2. 20).

37) Davon handeln: Bachofen Ausgewählte Lehren S. 316—321., Fein Das Recht der Codicille. Erlangen 1851., Mayer Von den Legaten und Fideicommissen. Tübingen 1854. Th. I. S. 59—108.

38) Pr. J. de codicill. (2. 25), Plinius epist. II. 16.

39) Gaius II. 270., Ulpian. XXV. 8., Paul. sent. rec. IV. 1. §. 10.

40) Gaius II. 270., Ulpian. XXV. 4., §. 10. J. de fideicomm. hered. (2. 23), §. 1. J. de codicill. (2. 35).

41) Fr. 10. D. de iure codic. (29. 7), §. 2. J. de codicill. (2. 25).

42) C. 1. C. Th. de testam. (4. 4), c. 8. §. 5. C. de codicill. (6. 36).

brauchte dieses aber nicht zu geschehen[43]). Justinian verordnete sogar, dass über ein ohne Scriptur und Zeugen hinterlassenes Fideicommiss dem Beschwerten der Eid deferirt werden könnte[44]).

677. Ueber die Quantität der Legate war ursprünglich dem Willen des Testirers keine Gränze gesteckt. Dieses war aber sowohl dem Erben wie den Legataren nachtheilig, weil wenn Jener eine durch Legate erschöpfte Erbschaft ausschlug, dass ganze Testament unerfüllt blieb[45]). Daher setzte die lex Furia das Maximum eines Legates, ausser unter Cognaten bis zum sechsten Grad und an Sobrinenkinder[46]), auf tausend Asse fest[47]). Dieses Gesetz war jedoch eben so sehr gegen das Interesse der Legatarien, wie gegen das der Erben; gegen jenes, weil es für ein einzelnes Legat ohne Unterschied des Vermögens nur dieselbe unbedeutende Grösse zuliess; gegen dieses, weil es doch möglich war, dass der grösste Theil ja die ganze Erbschaft durch viele solcher kleinen Legate erschöpft wurde. Auf den ersten Punkt musste man besonders bei der Abfassung der lex Voconia (585) aufmerksam werden; denn indem man die Erbeinsetzung der Frauen durch Bürger der ersten Klasse untersagte[48]), wäre ihnen nichts als die Aussicht auf solche kleine Legate übrig geblieben. Deshalb hob die lex jene Beschränkung für censirte Bürger der ersten Klasse auf, und gestattete denselben sowohl an Frauen als an Männer soviel zu legiren, als dem Erben oder den Erben zusammen übrig bliebe[49]). Dadurch war

Die zweite Stelle scheint nach c. 7. C. Th. de testam. (4. 4) ein Zusatz von Justinian zu sein.

43) §. 3. J. de codicill. (2. 25).

44) C. 32. C. de fideicomm. (6. 42), §. 12. J. de fideicomm. hered. (2. 23).

45) Gaius II. 224.

46) Fragm. Vatic. §. 301., Ulpian. XXVIII. 7.

47) Gaius II. 225. IV. 23., Ulpian. I. 2., Theophil. II. 22. pr.

48) Man sehe oben §. 639. und die dort genannte Schrift von Bachofen.

49) Cicero in Verr. II. 1, 43. Quid? si plus legarit, quam ad he-

denn indirect auch für das Interesse der Erben besser als durch die lex Furia gesorgt. Für die Bürger der geringeren Klassen muss aber das Recht der lex Furia fortbestanden haben. Beide Gesetze wurden aber durch die lex Falcidia aufgehoben, welche im ersten Kapitel die Freiheit wie man wollte zu legiren aussprach, und im zweiten Kapitel nur die Beschränkung hinzufügte, dass den Erben mindestens ein Viertheil übrig bleiben müsse[50]). Durch das Pegasianische Senatusconsult unter Vespasian wurde diese lex auch auf Fideicommisse[51]), und von Antoninus Pius auch zu Gunsten des Intestaterben angewendet[52]).

678. Uebrigens konnte ein Legat nicht blos auf einzelne Sachen, sondern unter Beobachtung der eben erwähnten Beschränkungen auch auf einen verhältnissmässigen Theil der Erbschaft gehen[53]). Dieses war fast wie eine Erbeinsetzung; der Unterschied war jedoch der, dass die Erbschaftgläubiger sich nicht an den Legatar, sondern nur an den Erben halten konnten. Dieser musste sich daher bei der Abtheilung mit dem Legatar seinen Regress gegen diesen durch besondere Stipulationen vorbehalten[54]). In

---

redem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet. Es konnte also, auch wenn mehrere Erben waren, ein Legat bis auf die Hälfte des Vermögens gehen, niemals aber darüber hinaus. Anders lautet freilich die Auslegung des Gaius II. 226., Theophil. II. 22. pr. Danach konnte der einzelne Legatar nicht mehr bekommen als ein Erbe, doch aber die Erbschaft durch viele Legate bis auf einen kleinen Theil erschöpft werden. Hiemit ist aber dasjenige unvereinbar, was Cicero de leg. II. 19. 20. vom Pontificalrecht berichtet, indem dieses unter andern auch den Fall behandelt, wo Einer morte testamentove tantundem capiat, quantum omnes heredes, oder wo eine legirte pecunia non minor esset facta, quam heredibus omnibus esset relicta. Man muss daher annehmen, dass Gajus den Sinn des längst aufgehobenen Gesetzes nicht richtig verstanden hat.

50) Fr. 1. pr. D. ad l. Falcid. (35. 2), Gaius II. 227., Ulpian. XXIV. 32., Dio Cass. XLVIII. 33., pr. J. de l. Falcid. (2. 22).

51) Gaius II. 254., §. 5. J. de fideicomm. hered. (2. 23).

52) Fr. 18. pr. D. ad l. Falcid. (35. 2).

53) Ulpian. XXIV. 25.

54) Ulpian. XXV. 15., §. 5. J. de fideicomm. hered. (2. 23).

gleicher Weise konnte dem Erben auch durch ein Fideicommiss die Restitution eines Theils, selbst der ganzen Erbschaft, auferlegt werden[55]). Seit August bediente man sich unstreitig dieser Form noch häufiger wie der des Legates, weil dabei weniger zu beobachten war. Namentlich konnten solche Fideicommisse in blossen nicht confirmirten Codicillen hinterlassen werden[56]). Hinsichtlich der Forderungen und Schulden trat freilich auch hier die Schwierigkeit ein, dass der Fideicommissar nicht in eigenem Namen klagen und belangt werden konnte; daher half man sich ebenfalls durch einen Umweg, nämlich durch einen Scheinverkauf, den der Erbe mit ihm in Beziehung auf die zu restituirende Erbschaft unter Beifügung der nöthigen Vorbehalte schloss[57]). Hier machte aber das Trebellianische Senatusconsult unter Nero eine wesentliche Erleichterung durch die Vorschrift, dass der Fideicommissar nach der Restitution hinsichtlich der Forderungen und Schulden nach Verhältniss seines Theils als Erbe behandelt werden sollte[58]). Dadurch war wenigstens bei Fideicommissen ein Uebelstand gehoben; bei Legaten blieb es aber beim alten Recht.

679. Ein anderer Uebelstand, der sich bei Fideicommissen dieser Art zeigte, war, dass dadurch die Erbschaft ganz erschöpft werden konnte, wo dann der Erbe sie ausschlug. Bei Legaten schützte dagegen die lex Falcidia. Durch das Pegasianische Senatusconsult untor Vespasian wurde nun diese lex und der Abzug einer Quarte auch auf die durch Fideicommisse übermässig beschwerten Erbschaften ausgedehnt, dafür aber dem Erben die Antretung zur Pflicht gemacht, und zwar so, dass er dazu und zur Restitution an den Fideicommissar vom Prätor gezwungen werden konnte. Hinsichtlich der Forderungen und Schulden wurde unterschieden. Hat der Erbe es bis zum gericht-

55) Gaius II. 247—250.

56) Gaius II. 273., Ulpian. XXV. 11., §. 2. J. de codicill. (2. 25).

57) Gaius II. 252., Theophil. II. 23. §. 3.

58) Gaius II. 253. 255., fr. 1. §. 1. 2. D. ad SC. Trebell (36. 1).

lichen Zwang kommen lassen, wo er das Ganze ohne Abzug restituiren muss, so sollen die Klagrechte wie nach dem Trebellianischen Senatusconsult direct für und gegen den Fideicommissar gegeben werden. Hat aber der Erbe freiwillig angetreten, so muss er wie bei Legaten sich durch Stipulationen schützen[59]).

680. Aber auch hiemit war noch nicht Alles in Einklang gebracht. Denn erstlich gab es noch Fälle, wo die lästigen Stipulationen Bedürfniss waren, nämlich wenn die Erbschaft vom Testator mit Fideicommissen über die Quarte hinaus beschwert aber doch vom Erben freiwillig angetreten war, indem es hier nach dem Recht des Pegasianum und der lex Falcidia gieng. Zweitens gab es noch Fälle, wo der Erbe nicht zur Antretung gezwungen werden konnte, nämlich wenn die Erbschaft nicht übermässig beschwert war, indem es dann nach dem Trebellianum gieng, welches einen Zwang zur Antretung nicht kannte. Dieses ganz richtig erwägend schmolz endlich Justinian beide Systeme in ein einziges zusammen, indem er wie er sagt das Pegasianische Senatusconsult dem Trebellianischen einverleibte. Die Forderungen und Schulden sind also nun in allen Fällen zwischen dem Erben und dem Fideicommissar nach Verhältniss getheilt, so dass jene Stipulationen nie mehr Bedürfniss sind; und der Erbe kann in allen Fällen zur Antretung und Restitution gezwungen werden[60]). Uebrigens

59) Gaius II. 254. 256—259., Ulpian. XXV. 14. 15. 16., §. 5. 6. J. de fideicomm. hered. (2. 23).

60) §. 7. 8. J. de fideicomm. (2. 23). Auf das ältere Recht bezieht sich noch das fr. 86. D. ad l. Falcid. (35. 2). Titius war auf ein Drittheil zum Erben eingesetzt, ihm jedoch die Restitution auferlegt, zugleich aber auch ein Prädium prälegirt. War ihm die Quarte von jenem Drittheil ausdrücklich vorbehalten, so gieng es nach dem Trebellianum; er blieb also nur zu einem Zwölftheil Erbe. Im entgegengesetzten Falle galt er als Erbe für das volle Drittheil, und der Fideicommissar war nur legatarii loco, Gaius II. 251. In der Anwendung auf das prälegirte Prädium führte dieses dahin, dass der Erbe davon im ersten Falle ein Zwölftheil, im zweiten ein Drittheil in seine Quarte imputiren musste, weil diese Antheile ihm schon iure haeredi-

wurden alle diese Verhältnisse auch auf die Städte angewendet, nachdem das Apronianische Senatusconsult, wahrscheinlich unter Hadrian, ihnen fideicommissarische Erbschaften zu hinterlassen gestattet hatte[61]).

681. Das Legat einer Quote war nie eine unmittelbare Erwerbart; es enthielt nur den Befehl an den Erben mit dem Legatar abzutheilen[62]); das Eigenthum an den einzelnen Sachen erlangte dieser erst durch Mancipation oder Tradition. Eben so war es früher bei den Fideicommissen. Später aber gieng in den Fällen, wo nach dem Trebellianischen Senatusconsult restituirt war, das Eigenthum unmittelbar auf den Fideicommissar über; jedoch gewiss nur das natürliche, da er blos als prätorischer Successor angesehen wurde[63]). Gegen Dritte hatte er in jenen Fällen auch eine fideicommissarische Erbschaftsklage[64]) und gegen die concurrirenden Successoren die Erbtheilungsklage[65]). Nach dem Justinianischen Recht treten diese Wirkungen in allen Fällen ein.

682. Mit den Vermächtnissen hatten Schenkungen auf den Todesfall eine gewisse Aehnlichkeit, indem sie erst vom Tode des Schenkers an festen Bestand behielten[66]). Daher wurden die Beschränkungen der lex Papia Poppäa[67]) und der lex Falcidia auch auf sie angewendet[68]). Justinian

---

tario zustanden, also nnnützerweise legirt waren, fr. 116. §. 1. D. de legat. I. (30). Das übrige brauchte aber nicht imputirt zu werden, fr. 91. D. ad l. Falcid. (35. 2).

61) Fr. 26. D. ad SC. Trebell. (36. 1), fr. 1. §. 1. D. de libert. univers. (37. 3), Ulpian. XXII. 5.

62) Ulpian. XXIV. 25.

63) Fr. 24. §. 1. D. famil. hercisc. (10. 2), fr. 2. §. 19. D. pro emtore (41. 4).

64) Fr. 1. 2. 3. D. de fideicomm. hered. petit. (5. 6).

65) Fr. 24. §. 1. fr. 40. D. famil. herciso. (10. 2).

66) Festus v. mortis, fr. 35. §. 2. D. de mort. causa donat. (39. 6).

67) Fr. 35. pr. D. de mort. caus. donat. (39. 6).

68) Fr. 27. D. de mort. causa donat. (39. 6).

stellte sie mit Rücksicht auf einen unter den Schulen bestandenen Streit in allen Stücken den Legaten gleich[69]).

Vier und zwanzigstes Kapitel.

Von der Entkräftung letztwilliger Bestimmungen.

683. Die Kraftlosigkeit eines letzten Willens rührt entweder daher, dass er schon von seiner Entstehung her nichtig, oder daher, dass er zwar anfangs gültig gewesen, allein später durch besondere Begebenheiten ungültig geworden ist. Man unterschied diese Fälle auch durch besondere Ausdrücke[1]). Uebrigens blieb das prätorische Recht seinem Charakter darin getreu, dass es in mehreren dieser Fälle, wo das Testament nach dem Civilrecht nicht galt, daraus doch die honorum possessio anbot[2]). Eine Nichtigkeit eigenthümlicher Art entstand durch das Libonianische Senatusconsult (769), nach welchem, wenn Einer seinen letzten Willen durch einen Anderen hatte schreiben lassen, Alles was diesem darin adscribirt war, für ihn als nicht geschrieben angesehen wurde[3]).

684. Fiel von mehreren Testamentserben Einer aus, weil er nicht erben konnte oder wollte, so accrescirte sein Theil den Miterben[4]). Eine Modification trat jedoch ein,

---

69) C. 4. C. de donat. mort. caus. (8. 57), §. 1. J. de donat. (2. 7).

1) Fr. 1. D. de iniusto (28. 3), Gaius II. 138—146., Ulpian. XXIII. 1—4., pr. §. 1—5. J. quib. modis testam. (2. 17).

2) Gaius II. 147. 148., Ulpian. XXIII. 6., §. 6. J. quib. modis testam. (2. 17), fr. 12. pr. D. de iniusto (28. 3), fr. 11. §. 2. D. de bonor. poss. sec. tabul. (37. 11).

3) Fr. 29. D. de testam. tutel. (26. 2), fr. 1. 5. D. de his quae pro non script. habent. (34. 8), Sueton. Nero 17.

4) Der Grund steht im §. 639.

wenn unter den mehreren Erben zwei so mit einander verbunden genannt waren, dass sie nur für eine Person zählten[5]); denn dann accrescirte, wenn Einer von ihnen ausfiel, dessen Theil blos dem Andern[6]). Legate, welche nicht abgefordert wurden, verblieben dem, welcher mit deren Auszahlung beschwert war. Wenn jedoch Mehreren dieselbe Sache in der Form der Vindication legirt war, so accrescirte der ausfallende Theil des Einen den Anderen[7]); hingegen bei einem in der Form der Damnation hinterlassenen Legate blieb er dem Erben[8]); eben so bei Fideicommissen[9]).

685. Dieses Recht wurde durch die lex Papia Poppäa verändert, welche in ihren eigenthümlichen Bestimmungen über die Caducität Mittel suchte, die Ehe- und Kinderlosigkeit zu bestrafen, die Fruchtbarkeit zu belohnen, und das Aerarium zu bereichern[10]). Caducum im Sinne dieser lex wurde zunächst das, was der Honorirte wegen seiner Ehe- oder Kinderlosigkeit oder als Ehegatte des Testirers nicht erwerben konnte[11]). Ferner entstand Caducität, wenn der Honorirte ausschlug[12]); desgleichen wenn der Erbe vor der Antretung, die darum nun nicht vor Eröffnung des Testaments geschehen durfte[13]), oder wenn der Legatar vor dem Anfall des Legates, der seit der lex Papia auch erst mit der Eröffnung des Testaments, nicht wie im alten Recht schon mit dem Tode des Erblassers eintrat[14]),

5) Fr. 11. 59. §. 2. fr. 66. D. de hered. instit. (28. 5).

6) Fr. 80. D. de legat. III. (32), fr. 17. §. 1. fr. 20. §. 2. fr. 59. §. 3. fr. 63. D. de hered. instit. (28. 5).

7) Gaius II. 199., Ulpian. XXIV. 12., Fragm. Vatic. §. 77.

8) Gaius II. 205., Ulpian. XXIV. 13., Fragm. Vatic. §. 85.

9) Fragm. Vatic. §. 85., fr. 41. §. 9. D. de legat. III. (32).

10) Rudorff über die caducorum vindicatio (Savigny Zeitschr. VI. 397), K. A. Schneider das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten. Berlin 1837., Danz Röm. Rechtsgesch. §. 158.

11) Man sehe §. 605.

12) Ulpian. I. 21. XXIV. 12. 13.

13) Man sehe §. 664.

14) Ulpian. XXIV. 31., c. un. §. 1. C. de caduc. tollend. (6. 51).

starb, oder eine grössere Verminderung des caput erlitt[15]). Ferner galt analogerweise auch das als caducum, was ausfiel, weil schon bei Lebzeiten des Testators der Honorirte verstorben war, oder die Bedingung sich gegen ihn entschieden hatte[16]). Noch ein Fall kam durch die lex Junia hinzu[17]). Uebrigens konnte das Recht der Caducität nur gegen Theile einer Erbschaft vorkommen[18]); denn wenn die ganze Einsetzung wegfiel, so trat die Intestatsuccession ein[19]). Eben so gehörte es nicht unter den Begriff der Caducität, wenn eine Disposition wegen einer sie schon in der Entstehung treffenden Ungültigkeit als nicht geschrieben anzusehen war[20]).

686. Hatte der Testirer selbst dem ausfallenden Erben oder Legatar einen Anderen substituirt, so trat dieser vor Allem ein; dieses wurde daher seit der lex Julia häufig als Mittel gebraucht, der Caducität vorzubeugen[21]). Ferner hatte diese lex selbst für Kinder oder Eltern des Testirers bis zum dritten Grad, wenn sie im Testament zu Erben eingesetzt wären, in Beziehung auf die neben ihnen caduc werdenden Erbtheile und Legate das alte Recht aufrecht erhalten[22]). Davon aber abgesehen sollte das caducum von den in dem Testamente genannten Personen, welche Väter wären, vindicirt werden können, und zwar zu erst von den Erben, dann von den Legatarien[23]). Nur wenn von zwei mit einander verbundenen Legatarien der

---

15) Ulpian. I. 21. XVII. 1., c. un. §. 1. C. de caduc. tollend. (6.51).

16) Dieses hiess in causa caduci, c. un. §. 2. 4. C. de caduc. tollend. (6. 51).

17) Ulpian. XVII. 1. XXII. 3. Man sehe dazu Vangerow Latini Iuniani S. 116.

18) Ulpian. XVII. 1.

19) Gaius II. 144.

20) C. un. §. 2. 3. C. de caduc. tollend. (6. 51).

21) C. un. pr. C. de caduc. tollend. (6. 51).

22) Ulpian. XVIII., c. un. pr. C. de caduc. tollend. (6. 51).

23) Gaius II. 206. 207. 286., Tacit. ann. III. 28. Auch gehört hieher Ulpian. I. 21. Nur ist hier einzuschalten: primus heres vel (liberos vel) ius antiquum etc.

Eine ausfiel, so gieng umgekehrt der Collegatar, wenn er Kinder hatte, den Erben vor[24]). Nach der Jurisprudenz wurde dazu selbst eine blosse verbis coniunctio für hinreichend gehalten[25]), wiewohl diese übrigens kein Accrescenzrecht bewirkte[26]). Um als Vater jenes Vorrecht zu haben genügte ein Kind oder Enkel[27]), jedoch nicht ein adoptirtes[28]), auch nicht ein Enkel von einer Tochter her[29]); es zählten also nur haushörige oder emancipirte Nachkommen, und dadurch konnte jenes Vorrecht nur Männern, niemals Weibern zustehen. In Ermanglung solcher näheren Berechtigten trat das Aerarium ein[30]). Die Klage auf das caduc Gewordene war, wenn der Erblasser daran das Eigenthum gehabt hatte, eine wahre auf eine unmittelbare gesetzliche Erwerbart sich stützende Vindication[31]), sonst aber eine condictio aus dem Gesetz. Immer mussten aber von dem, der es erwarb, auch die darauf gelegten Lasten erfüllt werden[32]).

687. Von Antoninus Caracalla wird berichtet, er habe die caduca dem Fiscus zugesprochen, jedoch das alte Recht der Kinder und Eltern bestehen lassen[33]). Wahrscheinlich hob er also die Privatvindication der Erben und Legatarien auf[34]); doch scheint sie später hergestellt worden

24) Gaius II. 207. 208.

25) Darauf bezieht sich fr. 89. D. de legat. III. (32).

26) Fr. 11. D. de usufr. accresc. (7. 2).

27) Fr. 148. 149. D. de verb. sign. (50. 16), Iuvenal. Sat. IX. 85—93.

28) Tacit. ann. XV. 19., Fragm. Vatic. §. 196.

29) Fragm. Vatic. §. 195.

30) Tacit. ann. III. 28., Gaius II. 286., Fragm. de iure fisci §. 3.

31) Ulpian. XIX. 17.

32) Ulpian. XVII. 3., fr. 96. §. 1. D. de legat. I. (30), fr. 60. §. 1. D. de condit. (35. 1).

33) Ulpian. XVII. 2.

34) Andere verstehen dieses so, Caracalla habe die Caduca dem Aerarium entzogen und dem Fiscus zugewiesen, so Schneider S. 186. Allein diese Unterscheidung bestand damals nicht mehr (Buch I. Kap. XXXVII. Note 83. 129). Man sehe auch Rudorff S. 423., Schilling Bemerkungen S. 378. Anderer Meinung ist Rein Privatrecht S. 835.

zu sein[35]). Durch Constantin und Theodosius II. wurden aber die Fälle der Caducität bedeutend vermindert[36]); endlich schaffte Justinian das ganze Institut ab. Er stellte in den meisten Beziehungen das Recht her, welches vor der lex Papia gegolten hatte, und erliess insbesondere über das unter verbundenen Personen eintretende Accrescenzrecht genaue Bestimmungen, wodurch jedoch nicht alle Streitfragen gelöst sind[37]).

688. Endlich entstanden auch durch Gesetze, Senatusconsulte und kaiserliche Constitutionen mancherlei Fälle, wo dem Erben oder Legatar das Hinterlassene wegen Unwürdigkeit zum Vortheil des Fiscus oder anderer Personen entrissen wurde. Diese sind von Justinian ausdrücklich bestätigt[38]) und daher in seine Sammlungen aufgenommen worden[39]). Eine solche Indignität traf unter andern nach dem Silanianischen Senatusconsult (763) den Erben, welcher, wenn der Erblasser dem Gerücht nach von Hausgenossen ermordet war, antrat, ehe gegen die Knechte inquirirt worden[40]). Ferner wurde dem Erben oder Legatar, welcher heimlicher Weise zur Umgehung des Gesetzes ein Fideicommiss an einen Unfähigen zu entrichten sich verpflichtet hatte, dieses vom Fiscus entrissen[41]): nach dem Plancianischen Senatusconsult sollte davon nicht einmal die Falcidische Quarte gelassen werden[42]), und überdies zur Strafe selbst der Anspruch auf die aus dem Testament

35) Fiscum ultimum vocari sagt noch Justinian, c. un. §. 14. C. de caduc. tollend. (6. 51).

36) Man sehe §. 640. Note 101. 102.

37) C. un. C. de caduc. (6. 51).

38) C. un. §. 12. C. de caduc. tollend. (6. 51).

39) D. XXXIV. 9. C. VI. 35.

40) Paul. sent. rec. III. 5. §. 1. 2. 10., fr. 3. §. 29. fr. 5. §. 2. D. ad SC. Silan. (29. 5), c. 3. C. de his quib. ut indign. (6. 35).

41) Fr. 103. D. de legat. I. (30), fr. 10. 18. §. 1. fr. 23. D. de his quae ut indign. (34. 9), fr. 3. §. 3. 4. D. de iure fisci (49. 14). Ein solches Vermächtniss hiess ein tacitum fideicommissum.

42) Ulpian. XXV. 17.; fr. 11. D. de his quae ut indign. (34. 9), fr. 59. §. 1. D. ad l. Falcid. (35. 2).

sich etwa ergebenden Caduca verloren gehen [43]). Uebrigens lag schon darin, dass die Indignität blos die Entreissung des zu Erwerbenden zur Folge hatte, dass dieselbe nicht wie die Caducität die Unfähigkeit zum Erwerbe in sich schloss. Wenn also ein Unwürdiger antrat, so wurde er dem strengen Begriffe nach Erbe; seine Forderungen gegen den Erblasser giengen daher durch Confusion unter und lebten auch nach der Entreissung nicht wieder auf [44]).

43) Ulpian. XXV. 17.

44) Fr. 8. 17. 18. §. 1. D. de his quae ut indign. (34. 9), fr. 29. §. 1. D. de iure fisci (49. 14).

Viertes Buch.

Das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Sachen[1]).

Erstes Kapitel.

Von der Jurisdiction.

---

689. Die Rechtspflege war von der übrigen Verwaltung nicht so scharf wie jetzt getrennt. Allerdings war nicht mit jeder Magistratur auch Jurisdiction verbunden. Allein wo sie bei einer Obrigkeit vorkam, standen dieser auch andere Verwaltungsrechte zu. Im vollsten Masse bestand diese Vereinigung bei den Consuln, die davon auch judices hiessen[2]). Bei den Juristen der Kaiserzeit gab es, zum Theil an die Unterscheidungen der republicanischen Zeit

---

1) Die neuesten Werke darüber sind: Bethmann-Hollweg Gerichtsverfassung und Prozess des sinkenden Römischen Reichs. Bonn 1834. (wichtig auch für die ältere Zeit), Keller Der Römische Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung. Berlin 1852. Zweite Ausg. 1855., Rudorff Römische Rechtsgeschichte II. Band 1859. S. 1—319. — Das Werk von Keller gewährt namentlich über das Technische der Conception der Formeln eine gründliche Belehrung. Bei Rudorff finden sich über die Einzelnheiten feine sachliche und sprachliche Bemerkungen, die jedoch für mich nicht überall überzeugend sind. Das vorliegende Werk setzte sich die Aufgabe, von dem sicher zu Ergründenden ein kurzes möglichst anschauliches Bild zu gewähren.

2) Varro de ling. lat. VI. 88., Cicero de leg. III. 3, 8., Livius III. 55.

sich anlehnend[3]), folgenden Sprachgebrauch. Die obrigkeitliche Gewalt hiess bei den höhern Magistraten imperium oder potestas[4]). In dieser war auch die Jurisdiction enthalten[5]). In so fern man aber diesen Theil vom Ganzen abgezogen dachte, wurde das was übrig blieb als imperium der jurisdictio entgegengesetzt[6]). Die Gewalt der niederen Magistrate hiess nicht imperium[7]); doch war auch ihnen häufig für das was in ihren Verwaltungskreis einschlug, eine Jurisdiction beigelegt. Die den Consuln entsprechenden höchsten Magistrate in den italischen Municipien hatten unter der Republik imperium und potestas[8]); unter den Kaisern begreiflicherweise nicht mehr[9]). Die Criminalgewalt oder der Blutbann steckte aber in dem gewöhnlichen imperium nicht; sie musste zu einem Amte durch eine lex besonders verliehen sein, konnte nicht mandirt werden, und wurde als merum imperium oder potestas im engsten Sinne jenem mixtum imperium entgegengesetzt[10]).

690. Die in dem mixtum imperium enthaltenen Befugnisse, so weit sie sich auf das Recht beziehen, theilten die Juristen der Kaiserzeit in zwei Klassen, je nachdem darin mehr das Element der Jurisdiction oder das des imperium vorherrscht[11]). Zu den Ersteren gehört die Macht

---

3) Man sehe §. 144.

4) Die Beweisstellen giebt Bethmann-Hollweg §. 3. Note 5.

5) Fr. 3. D. de iurisd. (2. 1).

6) Man sehe Bethmann-Hollweg §. 3. Note 13.

7) Fr. 32. D. de iniur. (47. 10).

8) Lex Rubria col. I. lin. 51 (Haubold monum. p. 150). So verstehen diese Stelle auch Savigny Röm. Recht im Mittelalter I. §. 12., Bethmann-Hollweg §. 3. Note 7. Anderer Meinung ist Puchta (Savigny Zeitschr. X. 206. 217), welcher dieselbe von den römischen Magistraten verstanden wissen will. Ihm folgt Rudorff II. §. 4. Note 43. mit Berufung auf eine Stelle des Festus, die sich jedoch auf ganz andere Verhältnisse bezieht.

9) Paul. sent. rec. V. 5 A. §. 1.

10) Fr. 3. D. de iurisd. (2. 1), fr. 1. §. 1. fr. 5. §. 1. D. de offic. (1. 21).

11) Fr. 4. D. de iurisd. (2. 1), fr. 26. D. ad munic. (50. 1).

über einen Rechtsstreit zu richten und durch einen ernannten Judex richten zu lassen; zu den zweiten die Ertheilung der bonorum possessio, die Auferlegung von Cautionen und Anderes [12]); auch die legis actio, wovon gleich die Rede sein wird. Daneben gab es noch eine dritte Art von Handlungen, die man zwar auch noch zur Rechtspflege im weitesten Sinne zählte, welche jedoch nicht zu den ordentlichen Magistratsbefugnissen gehörten, also weder aus der Jurisdiction noch aus dem imperium herrührten, sondern auf einer besonderen gesetzlichen Verleihung beruhten; so die Bestellung von Vormündern [13]).

691. Unter das imperium gehörte im alten Recht auch die Befugniss bei den förmlichen Rechtsgeschäften mitzuwirken, die ohne einen Magistrat nicht geschehen konnten [14]), nämlich bei der in iure cessio, Adoption, Emancipation und Manumission. Dieses hieng damit zusammen, dass bei diesen sämmtlich eine fingirte Vindication vorkam. Daher wurde sowohl die Handlung selbst wie das Recht der Obrigkeit sie bei sich vornehmen zu lassen legis actio genannt. Dieses hatten die Consuln, wovon ihnen ein Rest noch bis in die letzten Zeiten blieb [15]), ferner der Prätor, der Proconsul und der Präses einer Provinz, der Juridicus von Alexandrien [16]). Die Municipalmagistrate hatten es, wenigstens später, nur dann, wenn es ihnen besonders verliehen war [17]). Nach diesem Recht wurde die Jurisdiction

12) Fr. 1. 3. 4. D. de iurisd. (2. 1), fr. 26. D. ad munic. (50. 1).

13) Fr. 6. §. 2. D. de tutel. (26. 1), fr. 1. pr. D. de offic. eius (1. 21), fr. 1. D. de iurisd. (2. 1).

14) Gaius I. 95. Adoptio imperio magistratus fit.

15) Sueton. Claud. 23., fr. 3. D. de adopt. (1. 7), fr. un. D. de off. consul. (1. 10).

16) Gaius I. 20. II. 24., fr. 2. D. de off. procons. (1. 16), fr. 17. D. de manum. vind. (40. 2), fr. 17. D. de off. praesid. (1. 18), fr. 3. D. de adopt. (1. 7), fr. 1. D. de off. iurid. (1. 20).

17) Paul. sent. rec. II. 25. §. 4., c. 4. C. de vind. libert. (7. 1), c. 1. 6. C. de emanc. (8. 49).

in die voluntaria und contentiosa eingetheilt [18]). Unter den Kaisern entstand aber noch eine andere Form für die Thätigkeit der freiwilligen Jurisdiction, welche darin bestand, dass man über ein Geschäft der Beglaubigung wegen vor einer öffentlichen Behörde ein Protocoll (gesta oder acta) aufnehmen liess [19]). Hiezu waren auch die Municipalmagistrate berechtigt [20]), und wo keine waren der städtische Defensor [21]). Solche Protocolle wurden mit Zuziehung von mindestens drei Curialen und einem Exceptor oder Schreiber abgefasst [22]).

Zweites Kapitel.

Von den Gerichten [1]).

692. Die bürgerlichen Rechtshändel wurden in der ältesten Zeit von dem Könige in Person nach den Gesetzen und dem Herkommen geschlichtet [2]). In wie fern er dabei den Senat oder einzelne Senatoren mit zu Rathe zog, ist nicht bekannt. Ausdrücklich bezeugt wird aber, dass der König Alles selbst abmachte und nicht einem Privatrichter die Entscheidung überwies [3]). Eine Aenderung

---

18) Fr. 2. pr. D. de off. procons. (1. 16).

19) Savigny Röm. Recht im Mittelalt. Th. I. §. 27. 28.

20) Paul. sent. rec. I. 3. §. 1., c. 2. C. de magistr. munic. (1. 56).

21) C. 8. C. Th. de donat. (8. 12), c. 30. C. de donat. (8. 12), c. 1. C. de off. iurid. (1. 57), nov. 15. c. 3. Man sehe §. 393. 394.

22) C. 151. C. Th. de decur. (12. 1), nov. Valentin. III. tit. XVIII. de tribut. fiscal. §. 10.

1) Davon handelt: O. E. Hartmann Der Ordo Iudiciorum und die Iudicia extraordinaria der Römer. Erster Theil. Ueber die römische Gerichtsverfassung. Göttingen 1859. Der bis jetzt erschienene erste Abschnitt beschäftigt sich jedoch nur mit dem Einfluss der Religion auf die Gerichtstage, und enthält manche Behauptungen, die oben widerlegt worden sind (Buch I. Kap. XIX. Note 79. 108).

2) Dionys. II. 14. IV. 41. X. 1., Cicero de re publ. II. 21. V. 2.

3) Cicero de re publ. V. 2.

machte jedoch Servius Tullius, welcher für Privatrechtshändel ein besonderes Gericht einsetzte[4]).

693. Unter der Republik gieng die Jurisdiction an die Consuln über[5]). Später wurde aber in den Prätoren eine hauptsächlich für die Rechtspflege bestimmte Magistratur eingesetzt[6]). Für gewisse Händel bestand die Jurisdiction der Aedilen[7]); doch wurde auch diese im Falle einer Verhinderung von den Prätoren versehen[8]). Diese Magistrate wurden jedoch bei dieser Thätigkeit auf doppelte Weise unterstützt: theils durch zwei stehende Gerichtshöfe, theils durch Richter, die von ihnen für den einzelnen Fall bestellt wurden.

694. Der eine stehende Gerichtshof war das Centumviralgericht[9]). Die Competenz desselben war sehr umfassend, und erstreckte sich unter andern über Fragen des Familien-Eigenthums- und Erbrechts[10]); das Nähere ist aber nicht mit Gewissheit zu ermitteln. Es kamen hier Discussionen über die feinsten Rechtsfragen vor[11]), und seine Präjudicien waren sehr wichtig und folgereich[12]). Berühmte Redner sprachen zwar dort, wo nur rein privatrechtliche Fragen zur Verhandlung kamen, weniger gern

4) Dionys. IV. 25.

5) Dionys. X. 1. 19., Livius II. 27.

6) Cicero de leg. III. 3. Man sehe §. 63. 115. 136.

7) Man sehe §. 138.

8) Dio Cass. LIII. 2.

9) Davon handeln: Bethmann-Hollweg Ueber die Competenz des Centumviralgerichts (Savigny Zeitschr. V. 11), C. A. Schneider De centumviralis iudicii apud Romanos origine. Rostochii 1835., Zumpt Ueber Ursprung, Form und Bedeutung des Centumviralgerichts. Berlin 1838., C. Janssen in seinen Monographien über verschiedene Theile der Rechtswissenschaft. Heidelberg 1856. Mehr Literatur und Angaben der verschiedenen Meinungen findet man bei Rein Privatrecht S. 870—873.

10) Cicero de orat. I. 38.

11) Cicero de orat. I. 38. 56., pro Caecina 18., Quintil. inst. orat. IV. 2. §. 5.

12) Dieses zeigt besonders die querela inofficiosi (§. 652).

und seltener als vor dem Volke und den anderen Gerichten; doch sind daselbst schon vor Cicero gewandte Reden gehalten worden[13]). Die Zahl der Mitglieder betrug, als es fünf und dreissig Tribus gab, hundert und fünf, drei aus jeder Tribus, die wahrscheinlich vom Prätor ernannt wurden[14]). Doch folgt daraus nicht, dass dieses Gericht erst um diese Zeit eingesetzt worden sei. Nicht unwahrscheinlich ist vielmehr, dass sein Ursprung auf die von Servius Tullius gemachte Einrichtung zurückgeht[15]), und dass es der späteren Tribuseintheilung blos angepasst worden ist. Seine Sitzungen waren durch einen aufgepflanzten Speer bezeichnet[16]). Ueber seinen Organismus giebt es genauere Nachrichten erst aus der Kaiserzeit. Die Zahl seiner Mitglieder betrug damals mindestens hundert und achtzig[17]). Diese waren in vier Consilien vertheilt, welche in der Basilika Julia eben so viele von einander abgesonderte Tribunalien bildeten[18]). Doch gab es Rechtssachen, die nach einander an zwei Consilien gebracht[19]), und andere, zu deren Verhandlung die vier Consilien vereinigt wurden[20]). Der Vorsteher des ganzen Gerichtshofes war

13) Cicero pro Caecina 18. 24., de orat. II. 23.

14) Festus v. centumviralia.

15) Dieser Meinung ist auch Niebuhr I. 472.; nur geht er darin zu weit, dass er dieses Gericht als eine rein plebejische Institution betrachtet. Dawider sprechen die fortdauernden Beschwerden über Ungleichheit des Rechtszustandes; auch fehlte es den Plebejern an den dazu nöthigen Kenntnissen vom Recht und von der Procedur.

16) Gaius IV. 16.

17) Plinius epist. VI. 33. Dass nur so viel gewesen wären, folgt aus dieser Stelle nicht.

18) Quintil. inst. orat. XII. 5. §. 6. Durch diese Stelle wird Bunsen in der Beschreibung von Rom Bd. III. Abth. II. S. 87. widerlegt, welcher behauptet, dass es in der Basilika nur drei Tribunalien gegeben habe.

19) Quintil. inst. orat. V. 2. §. 1. XI. 1. §. 78.

20) Plinius epist. VI. 33., Quintil. inst. orat. XII. 5. §. 6. Eine solche Verhandlung hiess daher ein quadruplex iudicium, Plinius epist. I. 18. IV. 24. VI. 33. Dahin gehört auch Valer. Max. VII. 7, 1., fr. 10. pr. D. de inoffic. (5. 2), fr. 76. pr. D. de legat. II. (31).

ein Prätor[21]). Die Berufung zu den Sitzungen geschah durch die abgegangenen Quästoren, bis dass Octavian dieses auf die gleich zu erwähnenden decemviri stlitibus iudicandis übertrug[22]). Dieses Gericht war nun sehr besucht, weil die immer mehr gehemmte und ausartende Eloquenz und die müssige Neugierde hauptsächlich hier noch Nahrung und Beschäftigung fanden[23]). Wie lange es bestand, ist ungewiss; möglich ist, dass es bis zum Untergang des abendländischen Reiches fortdauerte.

695. Das andere stehende Gericht waren die decemviri stlitibus iudicandis[24]), welche zu den sogenannten Sechsundzwanzigern gehörten[25]). Sie sollen um dieselbe Zeit wie die Dreiherrn für Capitalsachen, also um das Jahr 465, eingesetzt worden sein[26]). Von ihrer Competenz ist nur bekannt, dass sie bei Processen über die Freiheit zu richten hatten[27]). Sie waren aber auch zum Vorsitz im Centumviralgericht, das heisst wohl der einzelnen Consilien, bestimmt[28]), und Octavian übertrug ihnen auch das Recht dasselbe zu berufen[29]). Nach griechischen Inschriften hatten sie unter den Kaisern auch mit den Blutgerichten zu thun[30]); doch beruht dieses wohl nur auf einem Missverständniss des lateinischen Ausdrucks.

---

21) Plinius epist. V. 21.

22) Sueton. Octav. 36.

23) Dialog. de caus. corr. eloq. 38. Beispiele geben Plinius epist. I. 5. 18. II. 14. IV. 16. VI. 12. 33. IX. 23., Quintil. inst. orat. IV. 1. §. 57.

24) Die neueren Meinungen darüber giebt Rein Privatrecht S. 869.

25) Man sehe §. 141.

26) Nach Pomponius im fr. 2. §. 29. D. de or. iur. (1. 2). Einige machen sie weit älter und beziehen auf sie die Decemvirn bei Livius III. 55. So auch Keller §. 6. Allein dawider ist Niebuhr II. 366. III. 647.

27) Cicero pro Caecina 33., pro domo 29.

28) So sagt Pomponius. Dazu stimmen auch Plinius epist. V. 21., Dio Cass. LIV. 26.

29) Sueton. Octavian. 36. Das Richtige darüber hat Rudorff II. §. 7. Note 35. gefunden.

30) Boeckh Inscr. graec. T. I. n. 1133. 1327.

696. Die Bestellung von Richtern für den einzelnen Fall beruhte auf einer eigenthümlichen Einrichtung, deren Ursprung man nicht kennt. Der Magistrat nahm nämlich die Klage an und leitete die Verhandlung ein; allein die Ausführung und den Spruch überwies er an bestimmte unter seiner Leitung stehende Privatpersonen, bei deren Auswahl die Partheien mitzuwirken hatten [31]). Diese Einrichtung diente eben so sehr zur Erleichterung der Magistrate, als den Partheien zur Bürgschaft einer unpartheiischen Untersuchung. Solche Privatrichter waren nach den Umständen verschieden. Bald wurde nur ein einziger iudex bestellt; bald richteten Recuperatoren [32]). Der iudex wurde meistens aus den Senatoren genommen [33]); doch war dieses keineswegs immer der Fall. Wann das Eine oder Andere geschah ist nicht bekannt; eben so wenig ob vor Octavian die Richter für Civilprocesse im Voraus gewählt und in einem Album verzeichnet waren [34]). Gewiss ist, dass die leges iudiciariae des siebenten Jahrhunderts sich nicht auf sie, sondern nur auf die Richter für die Criminalgerichte bezogen [35]). Bei Streitigkeiten mit Peregrinen konnte es vorkommen, dass der iudex nicht aus dem Album, sondern ein Peregrine war [36]). Die Auswahl des iudex für den einzelnen Rechtsstreit geschah durch Uebereinkunft beider Theile [37]), entweder indem diese selbst darüber ver-

31) Cicero pro Cluent. 43.

32) Gaius IV. 104. 105. 109.

33) Polyb. VI. 17 (15).

34) Man sehe über diese Controverse Rein Privatrecht S. 866. Note 2.

35) Dieses ergiebt sich daraus, dass zu einer Zeit, wo nach der lex Sempronia die Senatoren ausgeschlossen waren (§. 254), ein Consular als iudex erwähnt wird, Cicero de off. III. 19.; und umgekehrt ein eques zu einer Zeit, wo nach Sylla blos die Senatoren richteten, Cicero pro Rosc. Com. 14. Dieser Ansicht ist auch Keller §. 10. Note 154.

36) Gaius IV. 105.

37) Cicero pro Cluent. 43. Darauf zielt auch der Ausdruck sumere iudicem, Cicero pro Flacco 21., pro Quint. 9.

handelten[38]), oder dadurch, dass sie den von der Obrigkeit ihnen vorgeschlagenen nicht recusirten[39]). Der Gewählte wurde auf die gewissenhafte Führung seines Amtes vereidet[40]). Es stand ihm aber frei sich Einen oder mehrere Andere zur Berathung an die Seite zu nehmen[41]). Uebrigens wurde der Richter häufig nicht iudex sondern arbiter genannt, insbesondere bei den Klagen, welche nicht nach dem strengen Buchstaben, sondern freier behandelt wurden[42]).

697. Eine andere Art von Privatrichtern hiess wie gesagt Recuperatoren[43]). Diese wurden wie es scheint

38) Plinius hist. nat. praef., Quintil. inst. orat. V. 6., fr. 80. D. de iudic. (5. 1). Der Kläger machte den Vorschlag, was iudicem ferre hiess, Cicero de orat. II. 65. 70., pro Rosc. Com. 15., und der Beklagte musste annehmen oder auf seinen Eid recusiren, de orat. II. 70. Man sehe Keller §. 9. Note 145.

39) Das Recht zu recusiren (reiicere, eierare) ergiebt sich aus Cicero in Verr. II. 12., Plinius paneg. 36.

40) Cicero pro Quint. 8., de offic. III. 10., c. 14. pr. C. de iudic. (3. 1).

41) Cicero pro Quint. 1. 2. 6. 10. 30., pro Rosc. Com. 8., in Verr. II. 1, 29., Sueton. Domit. 8., Gellius XII. 13. XIV. 2. Daher redet Cicero die Richter in der Mehrzahl an.

42) Cicero pro Murena 12., pro Rosc. Com. 9., pro Rosc. Amer. 39., de re publ. V. 2., Gaius IV. 141., Festus v. arbiter, taxat. Daher der Ausdruck iudex arbiterve in den zwölf Tafeln, Gellius XX. 1., die Formel iudicem arbitrumve postulo, Valerius Probus not. T. I. A. V. P. U. D. Das Nähere bei den Actionen. Vieles Einzelne findet man bei Rudorff II. §. 6. Eine besondere Ansicht hat über jenen Unterschied Savigny System V. 101—107. 469. 643. Er meint der iudex habe nur aus dem Album der iudices genommen werden dürfen, während der arbiter ganz frei gewählt werden konnte. Allein einestheils ist es sehr problematisch, ob es in der alten Zeit für Civilprocesse ein solches Album gab. Andrentheils konnte ein iudex aus den Peregrinen sein, wofür es doch gewiss kein Album gab, Gaius IV. 105. Andere triftige Einwendungen macht Puchta Institutionen II. §. 154. Dawider erklärt sich auch Keller §. 10.

43) Davon handeln: Huschke Anal. litter. p. 208—253., Collmann De Romanorum iudicio recuperatorio. Berol. 1835., C. Sell Die Recuperatio der Römer. Braunschw. 1837., wozu einige Berichtigungen von Rudorff in Savigny Zeitschr. X. 76—82., Kühnast De recuperatoribus ad Livii locum 26, 48. Thor. 1845. Uebrigens sind die

überhaupt in solchen Händeln gebraucht, deren schnelle Erledigung der Staat wollte[44]). Regelmässig wurden sie in der Mehrzahl constituirt[45]), und zwar so, dass die Obrigkeit proponirte, die Partheien recusiren konnten[46]). Auf die Senatoren oder Ritter war ihre Auswahl nicht beschränkt[47]). Sie begannen ihre Functionen unmittelbar nach ihrer Ernennung[48]). Uebrigens wurden Recuperatoren auch die Richter genannt, welche bei Reclamationen zwischen Rom und einem verbündeten Staate oder zwischen Angehörigen beider Staaten nach dem Bündnisse gegeben wurden[49]). Bei Klagen abhängiger Bundesgenossen wurden diese Recuperatoren natürlich blos vom römischen Senate oder Feldherrn ernannt[50]).

698. Auswärts in den italischen Municipien und Colonien wurde die Jurisdiction von den Municipalmagistraten,

Nachrichten darüber so sparsam und lückenhaft, dass der von Huschke, Collmann und Sell gemachte Versuch, daraus den Ursprung und die Beschaffenheit des Recuperatorengerichts zu bestimmen, ohngeachtet des darauf verwendeten Fleisses, zu keinen sicheren Resultaten führen konnte. In diesem Sinne äussert sich auch Keller §. 8.

44) Cicero pro Tullio 10., divinat. 17., Gaius IV. 185. Eine Aufzählung der Klagen, wobei sie erwähnt werden, machen Keller §. 8., Rudorff II. §. 8.

45) Recuperatores sunto, Gaius IV. 46. Dieses zeigt auch der Gegensatz zwischen den iudicia recuperatoria und den sub uno iudice, Gaius IV. 105. 109. Man sehe wider die dagegen erhobenen Zweifel Keller §. 8. Note 138.

46) Dieses, aber auch nicht mehr, ergiebt sich aus Cicero in Verr. II. 13. III. 11. 13. 59. 60. V. 54. Etwas Eigenthümliches ist die Bestimmung der sogenannten lex Thoria cap. 17., wonach in dem von ihr berührten Falle der Prätor aus fünfzig Bürgern der ersten Klasse elf auswählen sollte.

47) Dieses zeigt auch die eben erwähnte lex.

48) Plinius III. 20. Ut in recuperatoriis iudiciis — quasi repente apprehensi, sinceri iudices fuimus.

49) Man sehe §. 81. Note 6. 7. Die neueren Schriftsteller wollen hieraus den Ursprung des ganzen Instituts herleiten; so auch noch Keller und Rudorff. Allein dazu fehlt aller Beweis. Weit natürlicher ist, dass man umgekehrt die gangbare staatliche Form auch auf internationale Rechtsstreitigkeiten übertrug.

50) Livius XXVI. 48. XLIII. 2.

in den Präfecturen von dem Präfecten gehandhabt[51]). Ob diese darin ursprünglich ganz unbeschränkt waren, lässt sich nicht ermitteln. Von den später sich findenden Beschränkungen wird unten in Verbindung mit dem Zustande der Kaiserzeit die Rede sein. Die Form der Rechtspflege war wie in Rom die, dass die Obrigkeit den Rechtssatz wies und für das Weitere ein iudicium niedersetzte, entweder einen einzigen iudex[52]) oder Recuperatoren[53]). Der iudex wurde aus dem Album der Decurionen genommen, an manchen Orten war aber auch die plebs damit in Verbindung gebracht[54]).

699. In den Provinzen waren die Convente, welche die Statthalter bei ihren Amtsreisen hielten[55]), hauptsächlich für die Rechtspflege bestimmt. Hier hörte derselbe die Klagen an, und setzte dafür in der gewöhnlichen Weise ein iudicium nieder, wozu die Richter bald aus dem Convente der römischen Bürger, bald aus den Landeseinwohnern gezogen waren. In Sicilien[56]) und auf ähnliche Art wohl auch in den anderen Provinzen war das Verhältniss so bestimmt, dass die Rechtssachen unter Bürgern derselben Stadt unter dem Vorsitz des Prätors durch

---

51) Man sehe §. 212. 213. 214. 221. 262. 263.

52) Lex Rubria c. 20 (Haubold monum. p. 145—149), Lex Mamilia cap. 5 (Röm. Feldmesser I. 265).

53) Lex Rubria col. II. lin. 23 (Haubold p. 153). Zwar behauptet Rudorff (Savigny Zeitschr. IX. 405) nach Huschke, dass die Municipalmagistrate zur recuperatorum datio nicht das Recht gehabt hätten, und er bezieht daher jene Stelle auf den Prätor in Rom. Allein dieses ist irrig. Man sehe Puchta (Zeitschr. X. 224), Savigny Recht im Mittelalt. I. §. 12., Keller §. 8. Note 137. Uebrigens steht Puchta mit sich selbst im Widerspruch, wenn er in seinen Institutionen II. §. 154. S. 38. der Meinung von Huschke zustimmt. Selbst sein Herausgeber Rudorff hat nun in seiner Röm. Rechtsgesch. II. §. 8. Note 16. seine Meinung zurückgenommen.

54) Orelli Inscr. T. I. n. 2489. Man sehe Keller §. 10., Rudorff II. §. 10. Note 11.

55) Man sehe §. 237. 243.

56) Die Hauptstelle darüber ist Cicero in Verr. II. 13.

Geschworene aus ihrer Mitte entschieden wurden [57]); die Klagen unter Bürgern verschiedener Städte kamen an Richter, die der Prätor unstreitig aus den Eingeborenen wählte [58]); über die Forderungen eines Einzelnen gegen eine Stadt oder umgekehrt wurde der Senat irgend einer anderen Stadt zum Richter bestellt [59]); der Römer der einen Siculer, oder der Siculer der einen Römer belangte, musste Richter von der Nation des Beklagten annehmen; endlich in den übrigen Fällen wurden die Richter aus dem Convente der römischen Bürger gezogen. Auch hier kamen als Richter bald ein einzelner iudex bald Recuperatoren vor [60]).

700. Für alle Gerichte, die von einem Magistrate des römischen Volkes niedergesetzt wurden, gab es eine gemeinschaftliche Eintheilung. Sie waren entweder iudicia legitima, oder solche, deren Grundlage das imperium war. Zu einem legitimum iudicium gehörte, dass es in der Stadt Rom oder innerhalb der ersten Meile, blos unter römischen Bürgern, und vor einem einzigen iudex gehalten wurde [61]). Wo eines dieser Kennzeichen fehlte, war das Gericht ein iudicium sub imperio [62]). Offenbar liegen dieser Eintheilung alterthümliche Beziehungen zum Grunde; allein das Einzelne ist schwer zu deuten [63]).

701. Was die Zeit für die Haltung der Gerichte be-

57) Man sehe §. 237. Note 47.

58) Man vergleiche dazu Boeckh Inscr. Graec. T. II. n. 2265. 2353. 3598.

59) Beispiele giebt Cicero in Verr. II. 14—18. 22—25. Man vergleiche auch dazu Boeckh T. II. n. 2349 b. p. 1065.

60) Erwähnung eines iudex, Cicero in Verr. II. 42., des iudex oder Recuperatoren alternativ, in Verr. III. 11. 58. 59. 60.; der Recuperatoren allein, divin. 17., in Verr. III. 11. 21. 22. V. 54., pro Flacco 19. 20. 21., Gaius I. 20., Ulpian. I. 13., Theophil. I. 6. §. 4.

61) Gaius IV. 103. 104. 105. 109. Das legitimum iudicium wird erwähnt bei Cicero pro Rosc. Com. 5., orat. part. 12., Ulpian. XI. 27., Fragm. Vatic. §. 47.

62) Daher sagt Cicero von einem Handel, wo zwar in Rom auch vor einem einzigen iudex, allein von einem Peregrinen geklagt wurde, iudicium lege non erat, pro Flacco 21.

trifft, so waren ursprünglich die dies fasti die eigentlichen gesetzlichen Gerichtstage; doch konnten auch nach Umständen die Comitialtage dazu benutzt werden. Hingegen an den dies nefasti, wozu bis auf die lex Hortensia auch die Nundinen gehörten, an den Festtagen und zur Zeit der religiösen Festspiele wurden keine Gerichte gehalten[64]). Die grossen Spiele im Frühlinge und im Herbste gaben daher Veranlassung zu zwei grossen Vacanzen, während welchen zwar die Magistrate in Functionen blieben, die iudices selecti aber Urlaub hatten. Die Geschäftszeit derselben, der actus rerum, war daher in die Sommer- und Wintermonate eingetheilt[65]). Claudius zog aber beide Vacanzen in eine einzige im Winter zusammen, und Galba hob auch diese auf[66]). In den Provinzen hieng die Gerichtszeit von den Conventen ab. Später unterschied man einfach nur zwischen den judiciären Tagen und den Ferien. Zu Letzteren gehörten die religiösen und politischen Festtage und die Erndte- und Weinleseferien[67]). An welchen der ungebundenen Tage der Prätor seine ordentlichen Gerichtsconvente hielt, muss bestimmt und im Voraus bekannt gemacht worden sein[68]).

702. Der Ort der gerichtlichen Verhandlungen war in Rom regelmässig das Comitium oder Forum[69]). Hier stand für die höheren Magistrate ein Tribunal mit dem curulischen Stuhle[70]); die niederen hatten nur Subsellien[71]);

---

63) So meint auch Keller §. 45. Irrig ist es gewiss, wenn Rudorff II. §. 3. damit das militärische Imperium in Verbindung bringt.

64) Man sehe §. 172. 173. 174.

65) Sueton. Octavian. 32., Plinius epist. IV. 29., Gaius II. 279.

66) Sueton. Claud. 23. Galba 14.

67) Man sehe §. 175.

68) Darauf deutet Theophil. I. 6. §. 4. III. 12. pr., Gaius I. 20. Man sehe Hartmann Ordo iudicior. I. 6. 8. Etwas anderer Meinung ist Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 19. Note 28—31.

69) Auctor ad Herenn. II. 13., Gellius XX. 1., Plaut. Poenul. III. 6. v. 12. Eine Ausnahme erwähnt Livius XXIII. 32.

70) Dionys. II. 29., Tacit. ann. I. 75., Sueton. Caesar 84.

71) (Ascon.) in divin. 15. p. 118 Orell.

eben so die iudices [72]). Auch in Municipien wird ein Forum [73]) und Tribunal [74]) erwähnt, und in den Provinzen wurden die Gerichtsconvente vom Statthalter ganz in den römischen Formen öffentlich auf dem Tribunal und dem curulischen Stuhle gehalten [75]). Allmählig aber wurde dieses anders. Man verlegte die Sitzungen nicht nur in Basiliken [76]), sondern häufig auch in die Amtsstuben, Auditorien oder Secretarien [77]), und dieses scheint zuletzt der allgemeine Gebrauch geworden zu sein, so dass nun auch das Tribunal im Secretarium stand [78]). Doch sollten die Verhandlungen bei offenen Thüren [79]) und im Angesichte des Officiums geschehen [80]); hohe Standespersonen hatten selbst den consessus das heisst Ehrensitze neben dem Richter [81]). Gegen die übrigen Zuschauer wurde aber nach Umständen ein Vorhang zugezogen [82]). Uebrigens wurden auf dem Tribunal nur die wichtigern Sachen, welche eine genaue Untersuchung und ein förmliches Decretum verlangten, verhandelt; nicht aber diejenigen, die durch einfachen Bescheid oder eine schlichte Verfügung erledigt werden konnten [83]). Daher entstand ein Unterschied zwischen den

---

72) Gellius XIV. 2., Plinius epist. VI. 33.

73) Paul. sent. rec. IV. 6. §. 2.

74) Sueton. de clar. rhetor. 6., Orelli Inscr. T. II. n. 3219.

75) Cicero in Verr. II. 38., Ioan. XIX. 13., Act. Apost. XVIII. 12. 16. 17.

76) Plinius epist. II. 14. V. 21. VI. 33., Paul. sent. rec. IV. 6. §. 2.

77) Dialog. de caus. corr. eloq. 39., c. 6. 9. C. Th. de off. rect. (1. 16).

78) Ioan. Lydus de magistr. II. 16. 17. III. 11. 30.

79) C. 9. C. Th. de off. rect. (1. 16).

80) C. 10. C. Th. de off. rect. (1. 16), c. 6. C. J. de sentent. (7. 45), Ioan. Lydus de magistr. II. 15. III. 35.

81) C. 1. C. Th. de off. iud. civ. (1. 20 (8)) ibiq. Gothofr., c. 5. 7. 16. C. Th. de proxim. (6. 26) ibiq. Gothofr., c. 109. C. Th. de decur. (12. 1).

82) C. 7. C. Th. de off. rect. (1. 16), c. 5. C. J. de naufrag. (11. 5), Gothofr. ad c. 1. C. Th. de off. rect. (1. 7).

83) Man sehe Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 18.

Sessionen pro tribunali und de plano[84]). Dieser kam selbst bei den Municipalmagistraten vor[85]).

Drittes Kapitel.

Von der Art der Verhandlung.

703. Der enge Zusammenhang des Rechts mit der Religion und dem Pontificalwesen macht es unzweifelhaft, dass die Rechtspflege zur Zeit der Könige sehr genau und abgemessen eingerichtet war, und dass zwischen den dabei und den im Religionsrecht gebräuchlichen Formeln mancherlei Analogien Statt fanden[1]). Dieses blieb auch bei den Klagformen, welche die Patricier nach den zwölf Tafeln einrichteten[2]). Im fünften und sechsten Jahrhundert gab es fünf solcher theils auf den Grund von Gesetzen, theils durch das Herkommen gebildeter legis Actionen[3]): durch sacramentum, iudicis postulatio, condictio, manus iniectio und pignoris captio[4]). Sie hatten den Zweck durch feierliche Handlungen und streng abgemessene Worte den Process einzuleiten und in den vorgezeichneten Rechtsweg zu richten. Insbesondere die vier ersten Arten waren Verhandlungen, welche vor dem Magistrate, im Gericht, mit dem daselbst erschienenen Gegner geschahen, die also auch nur an ungebundenen Tagen möglich waren. Anders

84) Fragm. Vatic. §. 156. 161. 163. 165.

85) Fragm. Vatic. §. 112.

1) Man sehe darüber A. Schmidt De originibus legis actionum. Friburgi 1857. 4., Jhering Geist des röm. Rechts II. 423—433. 646—678.

2) Man sehe §. 426. Ueber die Art, wie dieses zu denken ist, finden sich gute Bemerkungen bei Leist Rechtssystem S. 6—16.

3) Die Literatur darüber giebt Rudorff II. §. 20. Note *.

4) Gaius IV. 11. 12.

war es bei der fünften Art; daher zweifelten Einige, ob sie zu den legis Actionen gehörte[5]).

704. Die legis actio sacramento[6]) bestand in der gegenseitigen Provocation auf eine Strafsumme, welche der unterliegende Theil bezahlen sollte, also in einer Wette, welche der Kläger und der Beklagte um die Wahrheit und Unwahrheit ihrer Behauptung eingiengen, worüber dann die Centumvirn oder der iudex zu erkennen hatten. Diese Form nöthigte sie von selbst das, worum es sich handelte, genau zu formuliren und zwar wörtlich nach der lex, worauf sich die Klage stützte[7]). Die Strafsumme war in dem Gesetz der zwölf Tafeln bei Sachen von Tausend Assen und darüber auf fünfhundert Asse festgesetzt[8]); sie fiel aber nicht dem Gewinnenden sondern dem Aerarium zu, und wurde zu den Opfern verwendet[9]). Dieser Einkleidung konnte man sich zu allen Klagen bedienen, wofür eine andere Klagform nicht vorgeschrieben war[10]).

705. Von der Klage durch iudicis postulatio ist Gewisses nichts als der Name bekannt. Unstreitig bestand sie darin, dass die Partheien vor dem Magistrate das worüber sie uneinig waren, feststellten, und von ihm einen iudex oder arbiter postulirten, dessen Ausspruch sie sich unterwerfen wollten[11]). Dadurch wurden sie ebenfalls genöthigt

5) Gaius IV. 29.

6) Davon handeln unter Anderen: Asverus Die legis actio sacramenti. Leipzig 1837., Stintzing Ueber das Verhältniss der Legis actio sacramento zu dem Verfahren durch Sponsio praeiudicialis. Heidelberg 1853. Ueber den Urgedanken dieser Form giebt es mancherlei Vermuthungen, Keller §. 13. Note 193. Asverus und Andere wollen dieselbe aus einem gerichtlichen Zweikampf ableiten. Mit Recht verwirft dieses Puchta Institutionen II. §. 161. Andere Streitfragen erwähnt Rein Privatrecht S. 887. 888.

7) Gaius IV. 11. 30.

8) Gaius IV. 13—16.

9) Varro de ling. lat. V. 180., Festus v. sacramentum.

10) Gaius IV. 13.

11) Darauf geht die Formel: iudicem arbitrumve postulo (§. 696. Note 42).

das, worum es sich handelte, genau zu formuliren. Auch diese Klagform hatte einen weiten Umfang und konnte wenigstens in manchen Fällen statt der legis actio sacramento gebraucht werden[12]). Die drei andern Formen aber waren von beschränkter Anwendung, wovon noch gelegentlich die Rede sein wird.

706. Diese Klagformen, die sich so ängstlich an den Buchstaben der Gesetze halten mussten, wurden aber bei einer freieren Gestaltung des Rechts und der Rechtsverhältnisse unzureichend und unbequem. Auch zeigte sich wohl bei verwickelteren Verhältnissen ein Nachtheil darin, dass die Feststellung des Streitobjectes lediglich den Partheien überlassen war. Sie wurden daher durch die lex Aebutia, deren Alter man nicht kennt, und zwei leges Iuliae, das Eine wohl von Cäsar, das Andere die lex Iulia privatorum des Augustus, abgeschafft, und das Verfahren durch Formeln an die Stelle gesetzt, welches dem Magistrat eine weit grössere Thätigkeit beilegte[13]). Das Wesentliche desselben bestand darin, dass der Prätor nach den Erklärungen und Anträgen der Partheien eine schriftliche Formel abfasste und dem iudex zur Richtschnur seiner Untersuchung und Entscheidung zufertigte. Wenn jedoch eine Sache vor die Centumvirn sollte, so wurde das alte Verfahren noch in der Art gebraucht, dass die Partheien vor einem der beiden Prätoren ein sacramentum eingiengen, welches dann dem Gerichtshofe statt der Formel den Weg wies[14]). Auch wegen damnum infectum war noch eine legis actio zulässig[15]), wobei unstreitig auch die durch sacramentum gemeint ist.

707. Die Procedur durch Formeln gieng aber nicht

12) Gaius IV. 20.

13) Gaius IV. 30., Gellius XVI. 10.

14) Gaius IV. 31. 95., Gellius XVI. 10. Auch vor den decemviri stlitibus iudicandis wurde noch in der Form des sacramentum procedirt, Cicero pro Caecina 33., Declam. pro domo 29.

15) Gaius IV. 31. Ueber den Grund sehe man Huschke Gajus S. 212.

gleich frei einher, sondern sie lehnte sich an die legis Actionen in der Art an, dass die Formel die gerichtliche Behandlung der Sache durch eine Fiction unter den Gesichtspunkt stellte, als ob sie mit der entsprechenden legis actio eingeleitet worden wäre. Allmählig erfand aber das Edict selbstständige, nach dem Wesen der verschiedenen Rechtsverhältnisse abgemessene Formeln [16], und in dem Masse, wie sich die Klagbarkeit der Rechtsverhältnisse erweiterte, wurde auch das Gebiet der Formeln durch neue Arten bereichert [17].

708. An den Formeln unterschied man vier Stücke: die demonstratio oder Bezeichnung dessen, was die Veranlassung des Rechtsstreites ausmachte; die intentio oder Bezeichnung der vom Kläger aufgestellten Behauptung und von ihm verlangten rechtlichen Entscheidung [18]; die adiudicatio, welche dem iudex in den geeigneten Fällen die Macht gab, eine Sache dem Einen ab und dem Anderen zuzusprechen: endlich die condemnatio oder die Anweisung an den iudex, wie er nach dem Resultat seiner Untersuchung das Urtheil fassen sollte [19]. Die intentio durfte in keiner Formel fehlen und konnte auch ganz allein vorkommen; anders war es mit den übrigen Stücken [20]; am gewöhnlichsten enthielt eine Formel die demonstratio, intentio und condemnatio [21]. Nach Umständen mussten der Formel noch besondere Vorbehalte oder Beschreibungen vorangeschickt werden, und dieses wurde dann eine praescriptio genannt [22].

709. Uebrigens waren die im Edicte aufgestellten Formeln von doppelter Art: entweder in ius oder in factum

16) Gaius IV. 10. 32. 33., Cicero pro Rosc. Com. 8.

17) Man sehe §. 590.

18) Ueber den Begriff der intentio sehe man Keller §. 39., Huschke Gajus S. 165., Rudorff II. §. 29.

19) Gaius IV. 39—43.

20) Die nähere Erläuterung giebt Gaius IV. 44.

21) Beispiele geben Gaius IV. 47. 136., Lex Rubria c. 20.

22) Gaius IV. 131. 132. Man sehe auch §. 593. Note 55. Gute Bemerkungen über die praescriptio giebt Huschke Gajus S. 179—186.

conceptae[23]). Erstere waren solche, wo die intentio auf das Dasein eines im Civilrecht gegründeten Rechtsverhältnisses lautete[24]); Letztere diejenigen, wo die intentio die blosse Behauptung von Thatsachen enthielt, so dass die demonstratio in die intentio verwebt war[25]). Zu diesen gehörten namentlich alle prätorischen actiones in factum[26]). Für einige Civilklagen waren aber im Album des Prätors sowohl in ius wie in factum concipirte Formeln aufgestellt[27]). Dieses war praktisch wichtig für Haussöhne, welche mit einer formula in ius concepta nicht klagen konnten, weil sie überhaupt nach Civilrecht ein Forderungsrecht zu haben nicht behaupten konnten[28]).

710. Diese Procedur mit Formeln wurde nicht blos in Rom sondern auch auswärts in den Städten, welche die Civität hatten, befolgt[29]). Die Municipalobrigkeiten schöpften deren Kenntniss theils aus dem prätorischen Edicte, theils aus den juristischen Schriften. Dass auch die römischen Obrigkeiten, die in den Provinzen Recht sprachen, sich daran hielten, versteht sich von selbst[30]).

23) Man sehe darüber Savigny System V. §. 216. 217.

24) Gaius IV. 45. 60. Dazu gehörte auch die praescriptis verbis in factum actio (§. 593); denn dabei war doch die intentio in ius concepta. Man sehe Savigny System V. 96—100.

25) Gaius IV. 46. 47. 60.

26) Man sehe §. 590.

27) Gaius IV. 47. 60.

28) Fr. 9. 13. D. de obl. et act. (44. 7). Man sehe dazu Savigny System II. 101. V. 84.

29) Dieses zeigt die lex Rubria.

30) Dieses zeigt Cicero divin. 17, in Verr. III. 22. 28.

Viertes Kapitel.

Von den Arten der Klagen.

711. Die Klagen oder Actionen im weiteren Sinne[1]) waren in Hinsicht des Verfahrens und selbst in der Benennung verschieden je nach den Gegenständen, worauf sie sich bezogen. Eine ganz umfassende Classification derselben gab es aber selbst zur Zeit der ausgebildeten Jurisprudenz nicht; daher lassen sich die einzelnen Arten in einer freien selbstgewählten Ordnung darstellen. Man kann dieselben auf zwei Hauptklassen zurückführen: die Klagen, welche nach den gewöhnlichen Regeln der legis Actionen oder später des Formularprocesses verhandelt wurden, und die Proceduren, wobei Eigenthümlichkeiten Statt fanden. Zu den ersteren gehörten die Vindication[2]), die persönliche Klage[3]), die gemischten Klagen[4]), und die Präjudicien. Von den Fällen der zweiten Klasse wird weiter unten die Rede sein.

712. Die Vindication[5]) stellte einen Kampf um eine Sache dar, welcher durch richterliche Hülfe geschlichtet wurde[6]). Zu diesem Zwecke wurde, wenn die Sache eine

1) Fr. 178. §. 2. D. de verb. sign. (50. 16), fr. 37. pr. D. de obl. et act. (44. 7).

2) Vindicatio, in rem actio, Gaius IV. 5., fr. 25. pr. D. de obl. et act. (44. 7), auch petitio, fr. 28. D. de obl. et act. (44. 7), fr. 178. §. 2. D. de verb. sign. (50. 16).

3) Die actio im engeren Sinn, fr. 28. D. de obl. et act. (44. 7), fr. 178. §. 2. D. de verb. sign. (50. 16), auch condictio nach dem weiteren ungenauen Sprachgebrauch (§. 591).

4) §. 20. J. de act. (4. 6).

5) Die Literatur giebt Rein Privatrecht S. 894., Rudorff II. §. 36. Note *.

6) Die Hauptstellen darüber sind Gaius IV. 16., (Ascon.) in Verr. II. 1, 45. p. 191 Orell. Hierauf stützt sich besonders die behauptete Ableitung aus einem gerichtlichen Zweikampf (§. 704. Note 6). Diese

leicht bewegliche war, diese selbst[7]) vor Gericht gebracht und hier von Jedem unter Auflegung der Hand[8]) als Eigenthum angesprochen, darauf Beiden vom Prätor die Loslassung befohlen, endlich über das Recht und Unrecht in der gewöhnlichen Form des sacramentum eine Wette eingegangen und weiter verhandelt, inzwischen aber Einem von Beiden nach dem Gutdünken des Prätors gegen Bürgschaft der Besitz zuerkannt[9]). Betraf der Streit ein Grundstück[10]), so begab sich in der ältesten Zeit die Obrigkeit selbst mit den Partheien dahin, wo denn der scheinbare Kampf vorgenommen und der Besitz vorläufig geordnet wurde. Später bildete sich der für den Prätor bequemere Gebrauch, dass sich die Partheien vom Gericht weg zum Grundstück hinforderten, hier den symbolischen Kampf vollzogen und vor den dazu mitgebrachten Zeugen eine Erdscholle mitnahmen, woran dann vor dem Gericht die Vindication statt fand[11]). Noch später entstand die noch bequemere Form, dass die Partheien, um sich den doppelten Weg zu ersparen, schon im Voraus, ehe sie ans Gericht giengen, an dem Grundstück den Kampf vollzogen[12]) und

---

verwirft zwar Rudorff; allein er knüpft doch seine Darstellung an eine verwandte oben (§. 560. Note 2) erwähnte Auffassung an.

7) Diese hiess dann vindiciae, Festus h. v.

8) Dieses hiess in den zwölf Tafeln in iure manum conserere, Gellius XX. 10.

9) Dieses hiess vindicias dicere, Gaius IV. 16., Gellius XX. 10.

10) Man sehe darüber Savigny über die lis vindiciarum (Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. III. 421., Verm. Schriften I. 292—314).

11) Gellius XX. 10. Jenes Herausfordern hiess ex iure manum consertum vocare, Cicero pro Murena 12. 14., Varro de ling. lat. VI. 64.; das Wegnehmen der Erdscholle hiess vindicias sumere; die Zeugen hiessen superstites, Festus v. superstites, vindiciae.

12) Dieses nannte man die deductio quae moribus fit, Cicero pro Tullio 20 (16), pro Caecina 1. 7. 32. Darauf geht auch das ex conventu vim fieri, pro Caecina 8., vis civilis et festucaria, Gellius XX. 10. Eine andere Ansicht hat aber Keller Ueber die deductio quae moribus fit (Savigny Zeitschr. XI. 287—304). Nach ihm soll diese deductio gar nicht mit der alten Vindicationsform per sacramentum in Verbindung gestanden haben, sondern für die spätere Form per

das Erscheinen vor dem Prätor verbürgten, und dann wurde vor Diesem nur noch zum Scheine so gethan, als ob sie auf dessen Geheiss den Hin- und Hergang unternähmen[13]). Endlich unter den Kaisern war das Verfahren, wo es vorkam, noch einfacher, indem ohne weitere Einleitung eine Erdscholle mitgebracht und daran wie an einer beweglichen Sache procedirt wurde[14]). In dem am Schlusse der Verhandlungen abzugebenden Erkenntniss: utrius sacramentum iustum sit[15]), war zwar über das streitige Recht mit entschieden; allein es muss doch noch über die Herausgabe der Sache und der Früchte ein förmlicher Spruch und etwa auch eine Liquidation Statt gefunden haben[16]).

713. Neben dieser Form entstanden für die Vindication noch zwei andere Klagformen. Die Eine war die per sponsionem[17]). Der Kläger, welcher die Sache nach quiritischem Recht als die seinige ansprechen wollte, provocirte den Besitzer, ihm auf den Fall dass er Recht hätte, eine gewisse Summe zu spondiren; zugleich musste dieser die Herausgabe der Sache sammt den Früchten stipu-

---

sponsionem eingeführt worden sein. Allein schon jener fast technische Name zeigt, dass sie auf dem Herkommen, nicht auf einer neueren positiven Bestimmung beruht. Der Einwand, dass das gemeinsame vindicias sumere zu einem vorangegangenen symbolischen Streit nicht passe, widerlegt sich dadurch, dass Jenes doch nach Gellius nach dem manum conserere wirklich vorkam. Die Literatur dieser Controverse findet man bei Rein Privatrecht S. 895.

13) Cicero pro Murena 12.

14) Gaius IV. 17. 31. 95. Zur Zeit des Gellius war aber, wie er ausdrücklich bezeugt, das ex iure manum consertum vocare noch in Uebung.

15) Cicero pro Caecina 33.

16) Das Nähere ist jedoch dunkel und daher sehr bestritten. Man sehe darüber Keller §. 13. Note 201. §. 16., Rein Privatrecht S. 888., Rudorff II. §. 21. Note 13. §. 36. Note 24.

17) Davon handelt die oben (§. 704. Note 6) angeführte Schrift von Stintzing. Nach ihm wäre diese Klagform nicht erst später entstanden, sondern von jeher neben der per sacramentum möglich gewesen. Dawider erklären sich Keller §. 25. Note 301., Rudorff II. §. 37. Zustimmend äussert sich aber Huschke Gajus S. 189.

liren und verbürgen. Der Antrag und die gerichtliche Verhandlung bezogen sich nun zunächst blos auf die Sponsion; allein nach der Verurtheilung wurde das Geld nicht wirklich gefordert, sondern der Kläger benutzte das in dem Urtheil enthaltene Präjudicium um vermöge jener Stipulation die Sache selbst zu erlangen [18]). Die andere noch einfachere Klagform war die per formulam petitoriam, wobei der Antrag und das Urtheil direct auf das Eigenthum des Klägers gerichtet wurden und der Beklagte im Allgemeinen dem Urtheil zu gehorchen stipulirte [19]). Dieser Formel war auch die für das prätorische Eigenthum und für die Publicianische Klage nachgebildet [20]). Wenn übrigens die Eigenthumsklage vor die Centumvirn gebracht wurde, was wie es scheint von der freien Wahl abhieng, so wurde sie noch unter den Kaisern vor einem der beiden Prätoren in der alten Form des sacramentum eingeleitet [21]).

714. Uebrigens wurde die Klagform der Vindication auch auf andere Gegenstände angewendet. So auf die Verfolgung einer Erbschaft. Eine solche wurde wie eine einzelne Sache entweder vor den Centumvirn auf den Grund eines eingegangenen sacramentum [22]), oder durch eine Sponsion [23]) oder mit der petitorischen Formel vindicirt [24]). Ein Gleiches galt unstreitig für die Vindication der Servituten [25]). Auch der Streit um die Freiheit eines Menschen wurde in der alten Zeit in der Form des sacramentum verhandelt, indem der Eine den Menschen in die Knecht-

18) Gaius IV. 91. 93. 94., Cicero in Verr. II. 1, 45., (Ascon.) in Verr. II. 1, 45. p. 191 Orell.

19) Gaius IV. 41. 89. 91. 92. Man sehe §. 566. Note 52. Gut handelt davon Keller §. 28.

20) Gaius IV. 34. 35. 36.

21) Gaius IV. 31. 95., Gellius XX. 10.

22) Gaius IV. 17., c. 12. pr. C. de petit. haered. (3. 31).

23) Cicero in Verr. II. 1, 45.

24) Fr. 3. 10. D. de hered. petit. (5. 3).

25) Man sehe jedoch Keller §. 15.

schaft, der ihn vertretende assertor in die Freiheit vindicirte[26]; dabei galt aber das Eigenthümliche, dass bis zur ausgemachten Sache der Besitzstand immer nach der Freiheit gegeben wurde[27]. Jene alte Form wird auch noch später in Freiheitshändeln vor den decemviri stlitibus iudicandis erwähnt[28]; vor den Recuperatoren[29] trat unstreitig das Verfahren durch eine Sponsion und die petitorische Formel an die Stelle. Doch blieb hinsichtlich des provisorischen Besitzstandes die alte Begünstigung der Freiheit[30], auch das Bedürfniss eines assertor[31], bis dass Justinian dieses aufhob[32]. Waren die Stimmen der Richter gleich getheilt, so musste nach einer lex Junia Petronia, vielleicht unter August, für die Freiheit gesprochen werden[33]. Fiel das Urtheil gegen die Freiheit aus, zahlte aber ein Dritter für den Verurtheilten ein Lösegeld, so erhielt dieser die Latinität, nach Justinian selbst die Civität[34]. Wider Collusionen des Herrn in Freiheitsprocessen setzte das Junianische Senatusconsult unter Domitian Strafen fest[35]. Andrerseits wurde aber über den Status eines als frei Verstorbenen nach fünf Jahren zu streiten verboten[36].

---

26) Gaius IV. 14., Festus v. sertorem, Theophil. IV. 10. pr., Livius III. 44—48., Dionys. XI. 29—37. Man sehe dazu Schmidt Der Process um die Freiheit der Virginia (Savigny Zeitschr. XIV. 71—94.)

27) Fr. 2. §. 24. D. de orig. iur. (1. 2), Dionys. XI. 30.

28) Cicero pro Caecina 33., Declam. pro domo 29.

29) Plaut. Rudens. V. 1. v. 2., Sueton. Vespas. 3. Domit. 8.

30) Fr. 24. pr. fr. 25. §. 2. D. de liber. caus. (40. 12).

31) Paul. sent. rec. V. 1. §. 5., c. 1. 4. 5. (5. 8. 9), C. Th. de liber. caus. (4. 8).

32) C. 1. C. de adsert. tollend. (7. 17).

33) Fr. 24. D. de manumiss. (40. 1), fr. 38. pr. D. de re iud. (42. 1).

34) C. un. §. 8. C. de latina libert. tollenda (7. 6).

35) Fr. 1. D. de colius. deteg. (40. 16), c. 2. C. eod. (7. 20).

36) Sueton. Tit. 8., Capitol. M. Antonin. 10., fr. 1. 4. D. ne de statu defunct. (40. 15), c. 4. 8. C. eod. (7. 21).

715. Die persönlichen Klagen wurden ursprünglich in den allgemeinen Formen des sacramentum oder der iudicis postulatio verhandelt [37]. Im ersten Fall muss nach dem Erkenntniss über das sacramentum auch ein Ausspruch über die zu erfüllende Leistung und, wenn es sich nicht um eine feste Geldsumme handelte, eine Schätzung vorgekommen sein [38]. Später kam aber für die Klage auf ein dare eine besondere legis actio auf, wobei der Kläger den Beklagten durch eine Denuntiation vor dem Magistrate ohne Weiteres verpflichtete, sich über dreissig Tage zur Annahme eines iudex zu stellen [39]. Von dieser Denuntiation wurde diese Form condictio genannt [40]. Sie entstand zuerst durch die lex Silia für die Klagen um eine certa pecunia, dann durch die lex Calpurnia für jede certa res [41]. Unter dem Formularprocess trat die aufs dare concipirte Formel an die Stelle; diese wurde aber noch fortwährend wiewohl uneigentlich condictio genannt, und je nachdem sie sich auf eine körperliche oder unkörperliche Sache bezog, in die condictio certi und incerti eingetheilt [42]. Für die Klagen auf ein facere entstand im Formularprocess theils die allgemeine formula incerta, theils viele nach den besonderen Geschäften benannte Klagformeln [43].

716. Uebrigens gab es Klagen um Geld, wo eine raschere Procedur statt fand. Eine solche war die legis

37) Gaius IV. 13. 16. 20.

38) Man sehe oben §. 713. Note 16.

39) Dass das condicere oder denuntiare vor dem Prätor geschah, ist nach Gaius IV. 29. ausser Zweifel. Dadurch zerfällt die Ansicht von Asverus Denunciation der Römer (1843) §. 14., welcher das condicere als ein Surrogat der in ius vocatio betrachtet. Verwandt ist der in der That unbegreifliche Irrthum von Keller §. 18., Rudorff zu Puchta Institutionen II. §. 162. Note b, Jhering Geist des röm. Rechts II. 659., jene Denunciation sei aussergerichtlich geschehen. Dagegen ist Hartmann Ordo iudiciorum I. 74. 178., Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. §. 23. Note 2.

40) Gaius IV. 18., Festus v. condictio, Servius ad Aen. III. 117.

41) Gaius IV. 19.

42) Man sehe §. 591.

43) Man sehe §. 590. 593.

actio per manus iniectionem. Das Characteristische derselben bestand darin, dass der Kläger, nachdem er den Beklagten vor Gericht geschafft hatte, hier unter Angabe seiner Schuldforderung eine symbolische Handanlegung vornahm, worauf dieser gleich einen vindex stellen musste, der die Sache auf sich nahm, widrigenfalls er vom Kläger heimgeführt und als Schuldknecht behandelt werden konnte. Ursprünglich wurde so nach den zwölf Tafeln nur gegen den verurtheilten Schuldner procedirt, der nicht zahlte. Spätere Gesetze führten es aber noch für andere Fälle ein, namentlich für die actio depensi des Bürgen gegen den Hauptschuldner, wofür er hatte zahlen müssen. Dann bezeichneten die Gesetze auch manche Fälle, wo per manus iniectionem geklagt werden konnte, jedoch so, dass der Beklagte keinen vindex zu stellen brauchte, sondern sich selbst vertheidigen konnte. Diese milde Form wurde zuletzt durch ein Gesetz zur Regel gemacht, und die strenge blieb nur für die actio iudicati und depensi. Dieses blieb auch noch nach der Erlöschung der legis Actionen darin sichtbar, dass in diesen beiden Fällen der Beklagte eine cautio iudicatum solvi stellen musste[44]). Andere Forderungen waren so begünstigt, dass deshalb die legis actio per pignoris captionem, eine eigenmächtige aussergerichtliche Pfändung, angestellt werden konnte. Dieses Recht hatte nach uraltem Gebrauch der Kriegsmann wegen des aes militare, equestre und hordiarium[45]). Durch die Gesetze der zwölf Tafeln und andere wurde es noch in anderen Fäl-

44) Gaius IV. 21—25. Von dieser manus iniectio, die immer vor Gericht geschah, ist die aussergerichtliche, welche gegen Knechte in Folge gewisser Vorbehalte vorkommen konnte, völlig verschieden (§. 475. Note 75. §. 498. Note 54). Es ist ein Irrthum, wenn Keller §. 19. die aussergerichtliche Handanlegung, womit der Kläger den Beklagten nöthigenfalls vor Gericht schaffte, mit zu den Eigenthümlichkeiten dieser legis actio zählt; denn eine solche war bei jeder in ius vocatio möglich (§. 728). Irrig ist es auch, wenn Jhering Geist des röm. Rechts I. 147. II. 658—660. beide Fälle der manus iniectio auf die gleiche Linie stellt.

45) Man sehe §. 32. 194.

len gestattet[46]), namentlich den Publicanen zur Beitreibung der Abgaben[47]). Später wurde ihnen zwar dieses Recht genommen[48]); doch blieb ihnen zu jenem Zwecke eine besondere nach der Fiction jener legis actio eingerichtete Klagformel[49]). Unter dem Formularprocess hatte auch die Klage auf eine certa credita pecunia mehrere Eigenthümlichkeiten[50]).

717. Gemischte Klagen hiessen in der späteren Jurisprudenz die Theilungsklagen, weil sie sich sowohl auf eine Sache als auf persönliche Leistungen bezogen[51]). In der alten Zeit wurde darüber in der Form eines sacramentum oder der iudicis postulatio verhandelt. Unter dem Formularprocess wurden sie so instruirt, dass der iudex in dem Theile der Formel, welcher die Adjudication hiess, auf die Auseinandersetzung des sachlichen Streitpunktes[52]), und in der Condemnation auf die persönlichen Prästationen hingewiesen wurde. Eine Anweisung zu absolviren war hier überflüssig[53]).

718. Ein Präjudicium war eine Klage, wodurch blos über die Wahrheit einer Behauptung abgeurtheilt werden sollte. Hier bestand also die Formel nur aus der Intention ohne Condemnation[54]). In dieser Form konnten nicht blos bestrittene Rechtsverhältnisse, zum Beispiel über die Inge-

46) Gaius IV. 26—29.

47) Cicero in Verr. III. 11.

48) Fr. 1. pr D. de publican. (39. 4).

49) Gaius IV. 32.

50) Dieses zeigen Lex tabulae Heracl. lin. 44 (Haubold monum. p. 44)., Lex Rubria c. 21. 22., Cicero pro Rosc. Com. 4. 5., Gaius IV. 13. 171.

51) §. 20. J. de act. (4. 6), Theophil. IV. 6. §. 20., fr. 22. §. 4. D. famil. herc. (10. 2), fr. 4. §. 3. D. comm. divid. (10. 3). Actio mixta kommt aber auch in einem etwas anderen Sinne vor, fr. 37. §. 1. D. de obl. et act. (44. 7).

52) Gaius IV. 42.

53) So erklärt sich das dritte Beispiel bei Gaius IV. 43. Man sehe darüber G. Hasse im Rhein. Museum VI. 172—179.

54) Gaius IV. 44., Theophil. IV. 6. §. 13.

nuität, Libertinität oder Vaterschaft[55]), sondern auch rein factische Fragen vor den Richter gebracht werden[56]). Als Kläger galt in solchen Processen derjenige, nach dessen Antrag die intentio gefasst war[57]).

719. Eine allgemeinere jedoch keineswegs alle Klagen umfassende[58]) Eintheilung war die in actiones stricti iuris und bonae fidei[59]). Ursprünglich sprach unstreitig der Prätor in jedem einzelnen Falle durch die Formel aus, ob der Richter als eigentlicher iudex strenge nach dem gestellten Antrage zu urtheilen, oder ob er mit einer freieren Gewalt als arbiter[60]) auch die Billigkeit und Treu und Glauben in Anschlag zu bringen hätte[61]). Nach diesen Gesichtspunkten wurden denn im Edicte bei dessen fortschreitenden Ausbildung die Formeln für die einzelnen Geschäfte verzeichnet[62]), und so, ob ein iudicium oder ein arbitrium einträte, im Voraus festgestellt[63]). Nach dem stricten Buchstaben gieng es bei den Klagen aus den Geschäften, die schlechthin nur nach der einen Seite hin eine Verbindlich-

55) §. 13. I. de act. (4. 6), fr. 5. §. 18. D. de agn. liber. (25. 3), fr. 1. §. 2. D. de rei vind. (6. 1), fr. 30. D. de reb. auth. iud. (42. 5).

56) Beispiele geben Gaius III. 123. IV. 44., Paul. sent. rec. V. 9. §. 1.

57) Fr. 12. D. de except. (44. 1).

58) Dieses ergiebt sich aus §. 28. J. de act. (3. 6), fr. 5. pr. §. 4. D. de in lit. iur. (12. 3).

59) Gaius IV. 62., §. 28. J. de act. (4. 6). Von der Entstehung dieses Unterschiedes im Zusammenhang mit dem Unterschied von iudicium und arbitrium handelt Keller §. 7. 13. 17. 25. 88. Doch sind bei ihm hinsichtlich der Condictionen die Begriffe beigemischt, die ich für irrig halte (§. 591—594). Deshalb fehlt es seiner Darstellung an Einfachheit und Klarheit. Mehr dogmatisch spricht von jener Unterscheidung Rudorff II. §. 42.

60) Man sehe §. 696.

61) Dieses zeigt der Fall bei Valer. Max. VIII. 2. 1., Cicero de offic. III. 16.

62) Ein Beispiel giebt Gaius IV. 47.

63) Diesen Zustand und den verschiedenen Character der iudicia und arbitria zeigen Cicero pro Rosc. Com. 4. 9., Topic. 17., de offic. III. 15. 17., Seneca de benef. III. 4., de clement. II. 7.

keit erzeugen[64]), also aus einem Litteral- oder Verbalcontract[65]), selbst dann, wenn dieser auf ein incertum gerichtet war[66]), desgleichen aus dem mutuum[67]), wenn gleich dabei die Obligation an sich aus dem ius gentium entspringt[68]). Die Geschäfte des gewöhnlichen Verkehrs hingegen galten insgesammt als auf Treu und Glauben gestellt, und daher musste namentlich an der Klage das, was der Beklagte aus demselben Geschäft etwa zu fordern hatte, vom Richter in Abzug gebracht werden[69]). Ob eine condictio nach der einen oder der anderen Art zu behandeln war, hieng von dem Rechtsverhältnisse ab, auf welches sie sich gründete[70]).

---

64) Man sehe §. 600. Note 34.

65) Cicero pro Rosc. Com. 4. 5., fr. 5. pr. §. 4. fr. 6. D. de in lit. iur. (12. 3). Selbst wenn einer Stipulation die Worte: ex bona fide beigefügt sind, so entsteht daraus doch kein eigentliches bonae fidei iudicium, Huschke Gajus S. 227—231., Rudorff II. §. 42 Note 27.

66) Man sehe §. 604. Note 38. Eine actio incerti war also nicht nothwendig bonae fidei. So sagt auch Rudorff II. §. 42.

67) Theophil. IV. 13. §. 3.

68) Gaius III. 132, §. 2. J. de iure nat. (1. 2). Die aus dem ius gentium aufgenommenen Geschäfte waren also darum nicht nothwendig auch bonae fidei.

69) Cicero de offic. III. 17., Topic. 17., Gaius IV. 61. 62., §. 30. 39. J. de act. (4. 6).

70) Stricti iuris war demnach die condictio ex mutuo, Theophil. IV. 13. §. 3.; bonae fidei hingegen in anderen Fällen, fr. 28. §. 4. D. de iureiur. (12. 2), fr. 50. pr. D. de iure dot. (23. 3); oft auch weder das eine noch das andere, wie die condictio furtiva, oder ex l. Aquilia, fr. 9. §. 1. D. si cert. petit. (12. 1). Irrig ist daher die von Savigny aufgestellte Behauptung, dass die Condictionen immer stricti iuris gewesen seien (§. 594). Dieser Irrthum wird nun allgemein wiederholt, namentlich von Keller §. 88., Rein Privatrecht S. 902., Rudorff I. §. 21. Note 3.

Fünftes Kapitel.

Von der Litiscontestation und den Einreden.

720. Der Zweck des Verfahrens vor dem Magistrate ist zunächst nicht die Entscheidung selbst, sondern nur durch Rede und Gegenrede dasjenige festzustellen, worüber der iudex erkennen soll. So wie dieses festgestellt ist, müssen die Partheien daran unabänderlich gebunden sein, weil sonst die grösste Verwirrung entstehen würde. Daher wurde dieser Abschnitt unter dem Formularprocess durch das beiderseitige Anrufen von Zeugen vor dem Magistrate bezeichnet und dadurch ausgesprochen, dass sie das ordinirte iudicium annähmen[1]). Dieses nannte man die Litiscontestation[2]). Ob diese in dieser Form auch schon zur Zeit der legis Actionen vorkam, oder ob sie nur materiell in der Vollziehung der legis actio enthalten war, lässt sich nicht entscheiden[3]). Irrig ist aber gewiss die Annahme, dass der Anrufung der Zeugen ein förmlicher Contract vorhergegangen sei[4]). Die vertragsmässigen Wir-

1) Festus. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote. Gleichbedeutend ist der Ausdruck iudicium acceptum, contestatum. Dass Jenes in iure geschah, zeigt unter Anderen Gellius V. 10. Die widersprechende c. un. C. de lit. cont. (3. 9) bezieht sich auf die spätere Zeit.

2) Davon handeln: Keller Ueber Litis Contestatio und Urtheil. Zürich 1827 (sehr ausgezeichnet)., Bethmann-Hollweg Recension dieser Schrift (Tübinger krit. Zeitschr. für Rechtswiss. V. 73), Mayer Die Litis Contestatio. Stuttgart 1830., Rudorff Recension dieser Schrift (Savigny Zeitschr. VII. 231), Buchka Einfluss des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniss. Rostok 1846. 2 Th., Bekker Die prozessualische Consumtion. Berlin 1853., Keller Röm. Civilproc. §. 59—62., Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. §. 71.

3) Ersteres behauptet Keller, Letzteres Bethmann-Hollweg.

4) Anderer Meinung sind Mayer und Andere, früher auch Rudorff, welche sogar behaupten, dass die Litiscontestation ein Vertrag

kungen, welche sie erzeugte, ergaben sich vielmehr von selbst daraus, dass das judicium unter der Mitwirkung der Partheien als die unabänderliche Norm für den Fortgang des Processes ordinirt worden war. In diesem Gedanken liegt, dass die Litiscontestation eine Obligation bewirkt, welche die ursprüngliche actio für immer aufhebt, entweder ipso iure, indem sie deren Stoff, wenn derselbe dazu geeignet ist, durch eine Novation in sich aufnimmt[5]), oder indirect durch die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae. Jenes geschah, wenn in einem legitimum iudicium, um einen persönlichen Anspruch und mit einer formula in ius concepta geklagt war; letzteres, wenn die Klage unter dem imperium, oder um ein dingliches Recht, oder mit der blos in factum concipirten Formel angestellt worden[6]). Aus jenem Begriffe ergab sich auch, dass durch die Litiscontestation die Verjährung des Klagrechts unterbrochen, und Klagrechte, die mit dem Tode erloschen wären, für und wider die Erben perpetuirt wurden[7]). Uebrigens konnte aber doch nach der Litiscontestation das iudicium, wenn Umstände es nöthig machten, auf eine andere Person transferirt werden[8]); in welcher Form aber dieses geschah ist nicht klar.

721. Gab der Beklagte den Klaggrund an sich zwar zu, berief er sich aber auf eine besondere Thatsache, wel-

per aes et libram gewesen. Allein dawider erklären sich mit Recht Puchta Institutionen II. §. 172., Keller Civilproc. §. 62., und jetzt auch Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. §. 71. Note 17. Die Literatur dieser und anderer den Grundgedanken der litis contestatio berührenden Controversen geben Keller Civilproc. §. 62. Note 723., Rein Privatrecht S. 897.

5) Fr. 29. D. de novat. (46. 2), Fragm. Vatic. §. 263.

6) Gaius III. 180. 181. IV. 106. 107.

7) Fr. 8. §. 1. D. de fidei. et nomin. (27. 7), fr. 24. pr. D. de liber. caus. (40. 12), fr. 29. D. de novat. (46. 2), fr. 87. 139. pr. D. de reg. iur. (50. 17).

8) Fr. 17. 27. 46. pr. D. de procur. (3. 3), fr. 7. §. 9. D. de dolo (4. 3), fr. 57. D. de iudic. (5. 1), fr. 15. D. de noxal. act. (9. 4), fr. 24. §. 4. D. de liber. caus. (40. 12), Paul. sent. rec. V. 1. §. 5.

che denselben indirect unwirksam mache, so gebot die Billigkeit diese Einrede in Erwägung zu ziehen[9]. In welcher Form darüber zur Zeit der legis Actionen verhandelt wurde, ist nicht deutlich[10]. Zur Zeit des Formularprocesses wies der Prätor, wenn die Einrede gleich bewiesen war, die Klage ohne Weiteres ab[11]. Im entgegengesetzten Falle ertheilte er dem iudex durch eine der intentio beigefügte exceptio die Weisung, auch die vom Beklagten entgegengestellte Thatsache zu untersuchen und nach dem Befund zu verfahren[12]. Bei den bonae fidei actiones war jedoch der iudex schon kraft seines Amtes die gradezu wider Treu und Glauben streitenden Thatsachen, also namentlich die Einrede des Dolus und einer getroffenen abändernden Uebereinkunft, so zu berücksichtigen gehalten, als ob er darauf ausdrücklich instruirt worden[13]. Uebrigens hiessen die Einreden entweder peremtorische oder dilatorische[14], je nachdem die Thatsache, worauf sich der Beklagte berufen hatte, das Klagrecht für immer oder nur zur Zeit hinderte. Doch wurde auch bei letzteren, wenn der Kläger sich nicht zeitig zurückgezogen, sondern es bis zur Litiscontestation und zum iudicium hatte kommen lassen, wegen der dadurch entstandenen Consumtion des Klagrechts die Klage für immer verloren[15]. In gleicher

9) Gaius IV. 115—118., pr. §. 1—8. J. de except. (4. 13).

10) Gaius IV. 108. Eine Vermuthung darüber geben Keller §. 36., Rudorff II. §. 31.

11) Fr. 9. pr. §. 5. D. de iureiur. (12. 2).

12) Gaius IV. 119., Cicero de invent. II. 19. 20., Fragm. Vatic. §. 310.

13) Fr. 7. D. de negot. gest. (3. 5), fr. 3. D. de resc. vend. (18. 5), fr. 21. D. solut. matrim. (24. 3), fr. 84. §. 5. D. de legat. I. (30), Gaius IV. 61. 62., §. 30. J. de act. (4. 6).

14) Letztere wurden, wie jeder andere der Klage entgegengestellte Aufschub, translationes genannt, Cicero de invent. I. 8. II. 19. 20., Author ad Herenn. I. 12., Fortunatian. art. rhet. lib. I. p. 68. ed. Capperon.

15) Gaius IV. 120—25., §. 8. 11. J. de except. (4. 13).

Art wie die exceptio konnte auch noch eine replicatio und duplicatio zu der Formel hinzu kommen[16]).

722. Endlich war es auch möglich, dass der Beklagte aus der Klage, wenn er sich darauf einliess, ein Präjudiz für ein allgemeineres damit in Berührung stehendes Rechtsverhältniss befürchtete. Dieses musste er dann durch eine praescriptio abwenden, welche an die Spitze der Formel gestellt wurde[17]). Später wurden solche Vorbehalte in die Form und an die Stelle der Exceptionen gebracht[18]). Umgekehrt wurden nun die Exceptionen nach dem Sprachgebrauch der Redner häufig auch Präscriptionen genannt[19]).

Sechstes Kapitel.

Von dem Urtheil.

723. Durch den Theil der Formel, welcher die Condemnation hiess, erhielt der iudex die bestimmte Weisung zu condemniren oder zu absolviren[1]). Dieses war das Ziel der durch die Litiscontestation gesetzten Obligation[2]). Wenn daher der Beklagte nach dem Zeitpunkt der Litiscontestation betrachtet schuldig befunden, seitdem aber freiwillig erfüllt hatte, so berechtigte dieses strenge genommen zur Absolution nicht, was jedoch die Jurisprudenz nach dem Vorgang des Sabinus und Cassius milderte[3]).

16) Gaius IV. 126—29., tit. J. de replic. (4. 14).

17) Man sehe §. 708.

18) Gaius IV. 133. Beispiele geben fr. 16. 18. D. de except. (44. 1). Man sehe auch §. 668. Note 38. 39.

19) Daher die Ueberschrift: de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis, Dig. XLIV. 1.

1) Gaius IV. 43., fr. 1. D. de re iudic. (42. 1), fr. 3. C. de sent. (7. 45).

2) Gaius III. 180.

3) Gaius IV. 114., §. 2. J. de perpet. et temp. act. (4. 12).

724. Zur Zeit der legis Actionen gieng die Condemnation, wenn auf eine Sache geklagt war, auf diese selbst[4]). Unter dem Formularprocess konnte sie aber nur auf die Verurtheilung zu einer Geldsumme lauten, deren Bezeichnung von der Art der Klage abhieng[5]). Handelte es sich um eine genau bestimmte Summe, so wurde diese in der Condemnation angegeben[6]), und daran hatte sich der iudex buchstäblich zu halten[7]). Hingegen bei der Klage um ein incertum wurde ihm blos ein Maximum vorgezeichnet, worüber er bei eigener Verantwortlichkeit nicht hinausgehen durfte[8]). Noch in anderen Fällen, namentlich bei Eigenthumsklagen, erhielt er ganz freie Hand[9]). Eine Modification jenes Grundsatzes galt jedoch bei den sogenannten arbitrariae actiones[10]), indem hier eine eigene der Formel inserirte Clausel[11]) den iudex anwies, wenn er die Klage gegründet fände, als arbiter zuvörderst gütlich auf die Leistung der Sache selbst hinzuwirken[12]), und erst wenn dieses fruchtlos wäre auf Geld zu condemniren[13]). Immer

4) Gaius IV. 48. Die Auslegung dieser Stelle ist zwar streitig. Man sehe Mayor Ad Caji institutionum commentarii IV[i] §um 48 commentatio. Tubingae 1853. Dieser bringt grade das entgegengesetzte Resultat heraus. Die Frage hängt auch mit dem oben (§. 712. Note 16) erwähnten dunkeln Punkte zusammen, worüber die Meinungen sehr verschieden sind. Man sehe Stintzing Verhältniss der Legis actio sacramento S. 31—41., Huschke Gajus S. 167—171., Keller Civilproc. §. 13. Note 201. §. 16. Note 222., Rudorff II. §. 21. Note 13.

5) Gaius IV. 48. 49.

6) Gaius IV. 43. 50. 52. Ein Beispiel giebt Gaius IV. 46.

7) Gaius IV. 57.

8) Gaius IV. 43. 51. 52., Festus v. taxat. Ein Beispiel giebt Gaius III. 224.

9) Gaius IV. 51.

10) Man sehe darüber Savigny System V. §. 221 — 223., Keller §. 7. Note 117. §. 28. 67. 88., Rudorff II. §. 42.

11) Cicero in Verr. II. 12.

12) Das fr. 68. D. de rei vind. (6. 1) redet zwar von einem directen Zwang; allein dieses ist neueres Recht. Man sehe Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 29. 30., Savigny System V. 123.

13) §. 31. J. de act. (4. 6), Gaius IV. 163., fr. 18. pr. D. de

aber musste der letzte Spruch des iudex eine bestimmte Summe angeben, wenn gleich die Condemnation in der Formel auf eine unbestimmte lautete [14]). In diesem Falle hatte also der iudex mit Berücksichtigung der vom Kläger etwa angegebenen Taxe zu ästimiren [15]), und zwar wurde, wenn es sich um eine Sache handelte, deren Werth bei stricti iuris actiones nach der Zeit der Litiscontestation, bei den anderen nach der Zeit der Condemnation geschätzt [16]), in beiden Fällen aber die von der Litiscontestation an gezogenen Früchte mit in Anschlag gebracht [17]). Wenn ein Dolus des Beklagten dazwischen lag, so war es, man weiss nicht woher, dem iudex gestattet, statt der eigenen Schätzung dem Kläger über den Werth der Sache den Eid zu deferiren [18]); doch gab ihm die Jurisprudenz allmählig auch das Recht, diesen Eid auf ein gewisses Mass zu beschränken [19]). Vermittelst eines solchen Eides wurde namentlich

---

dolo (4. 3), fr. 16. §. 3. D. de pignor. (20. 1). Beispiele sind die formula petitoria, Cicero in Verr. II. 12., fr. 35. §. 1. D. de rei vind. (6. 1), die actio Publiciana, Serviana, hypothecaria, quod metus causa, de dolo, ad exhibendum, §. 31. J. de act. (4. 6). Eine arbiträre Klage eigener Art war die actio de eo quod certo loco, fr. 2. pr. §. 8. fr. 3. 4. §. 1. fr. 5. 7. D. de eo (13. 4).

14) Gaius IV. 52.

15) Cicero pro Tullio 7.

16) Fr. 3. §. 2. D. commod. (13. 6). Nach dieser Unterscheidung löst sich vielleicht der Widerspruch zwischen fr. 22. D. de reb. cred. (12. 1), fr. 3. D. de cond. trit. (13. 3). Die erste Stelle spricht von der condictio ex mutuo, die stricti iuris war, die zweite wohl von Condictionen anderer Art (§. 719). Sehr gezwungen scheint der Versuch, den Liebe Stipulation S. 53—61. zur Lösung dieses Widerspruchs macht. Puchta Institutionen II. §. 172. Note l. giebt die Erklärung ganz auf.

17) Fr. 17. §. 1. fr. 20. 35. §. 1. D. de rei vind. (6. 1), fr. 25. §. 8. D. de aedil. edict. (21. 1), fr. 2. 3. §. 1. fr. 10. 15. 19. §. 1. fr. 34. 35. 36. 38. §. 7—15. D. de usur. (22. 1).

18) Fr. 2. §. 1. fr. 4. §. 4. fr. 5. pr. §. 3. 4. fr. 6. D. de in lit. iur. (12. 3), fr. 16. §. 3. D. de pignor. (20. 1), fr. 41. §. 1. D. de re iudic. (42. 1).

19) Fr. 4. §. 2. fr. 5. §. 1. D. de in lit. iur. (12. 3), fr. 18. pr. D. de dolo (4. 3).

auch bei den arbitrariae actiones geschätzt, wenn der Beklagte dem arbitrium nicht gehorchte[20]); um diesem Nachtheil vorzubeugen, verstand er sich daher unstreitig meistens zur Leistung der Sache selbst. Alles dieses war jedoch bei den gemischten Klagen anders; denn hier gieng der Spruch des iudex nach der Formel auf Adjudication der Sache selbst[21]), und dadurch wurde sofort das quiritische Eigenthum übertragen[22]).

725. Die Wirkung der rechtskräftigen Sentenz stellten die römischen Juristen so vor, dass dadurch die durch die Litiscontestation contrahirte Obligation erfüllt und im Falle der Condemnation die Obligation auf Leistung des Iudicates an die Stelle gesetzt sei[23]). Es wurde also, gleichwie bis dahin durch die Litiscontestation, so nun durch die Condemnation das ursprüngliche Rechtsverhältniss consumirt[24]), und zwar ebenfalls bald ipso iure bald indirect durch die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae[25]). Diese Consumtion wäre jedoch, wenn aus dem Rechtsverhältniss noch andere Klagen als die eben verhandelte möglich waren, für den Kläger sehr nachtheilig gewesen. Daher konnte er sich dagegen durch einen Vorbehalt schützen, der an die Spitze der Formel geschrieben ward[26]).

726. Hinsichtlich der Zeit, binnen welcher der Spruch erfolgen musste, bestand ursprünglich blos die in der Sache liegende Beschränkung, dass ein unter dem imperium angeordnetes iudicium nur so lange sprechen konnte, als

---

20) Fr. 1. fr. 2. §. 1. fr. 8. D. de in lit. iur. (12. 3), fr. 18. pr. D. de dolo (4. 3), fr. 68. D. de rei vind. (6. 1).

21) Man sehe §. 717.

22) Ulpian. XIX. 16. Dass diese Wirkung nur bei einem iudicium legitimum eingetreten sei, wie Rudorff II. §. 3. Note 6. behauptet, lässt sich aus den Fragm. Vatic. §. 47. nicht beweisen.

23) Gaius III. 180., fr. 3. §. 11. D. de pecul. (15. 1).

24) Die Literatur darüber ist oben genannt (§. 720. Note 2). Man sehe auch Rudorff II. §. 78. 79.

25) Gaius III. 181. IV. 106—108.

26) Gaius IV. 130. 131. Daraus erklärt sich Cicero de orat. I. 37.

derjenige, der es niedergesetzt hatte, mit dem imperium bekleidet war. Für die iudicia legitima schrieb erst die lex Iulia die Frist von einem Jahr und sechs Monaten vor [27]). Wenn also der Kläger bis dahin kein Urtheil hatte, so war die Sache für immer verloren, indem eine neue Klage entweder als von Rechtswegen unstatthaft oder doch durch eine Exception zurückgewiesen werden konnte [28]). Es ist daher begreiflich, dass man für die iudicia sub imperio gerne den Anfang eines Amtsjahres abwartete [29]). Unter den Kaisern wurde jedoch bei diesen iudicia die obige Beschränkung in den Provinzen nicht mehr beobachtet [30]).

727. Uebrigens gab es Manches, was die Stelle eines Urtheils vertrat. Dahin gehört zunächst, wenn der Beklagte sich zu dem, was der Kläger von ihm verlangte, vor dem Magistrate schuldig bekannte [31]). Dieses hatte bei einer Geldschuld schon nach den zwölf Tafeln [32]), später bei allen Klagen, für die Execution dieselbe Wirkung wie ein Judicat [33]). Ferner wenn vor dem Prätor der eine Theil dem Andern über den Grund oder Ungrund der Klage den Eid angetragen hatte [34]), so musste dieser entweder schwören oder zahlen, oder den Eid zurückschieben [35]). Die

27) Gaius IV. 104. 105. Darauf beziehen sich noch fr. 18. §. 4. D. de dolo (4. 3), fr. 32. D. de iudic. (5. 1), fr. 30. §. 1. D. ad l. Aquil. (9. 2), fr. 3. §. 1. D. quae in fraud. credit. (42. 8), fr. 2. D. de div. temp. praescr. (44. 3).

28) Gaius III. 181. IV. 106. 107.

29) So erklären sich Iuvenal. satyr. XVI. v. 42., Servius ad Aen. II. 102.

30) Dieses zeigt Rudorff in Savigny Zeitschr. X. 391.

31) Von der confessio in iure handeln Keller §. 63., Rudorff II. §. 66.

32) Gellius XX. 1.

33) Lex Rubria c. 21. 22., fr. 25. D. de re iud. (42. 1), fr. 1. 3. 4. 6. D. de confess. (42. 2), Paul. sent. rec. V. 5 A. §. 2. 3. 4.

34) Von dem iusiurandum delatum handeln Keller §. 64., Rudorff II. §. 67.

35) Fr. 34. §. 6. 7. 8. D. de iureiur. (12. 2), Paul. sent. rec. II. 1. §. 1. 2., Quintil. inst. orat. V. 6.

Leistung eines solchen deferirten oder referirten Eides galt dann nach dem Gesichtspunkt, dass durch den Eidesantrag wie durch einen Vertrag das Gewissen des Andern zum Richter gemacht sei, wie ein Iudicat[36]; allein eine Execution wie bei diesem entstand daraus nicht, sondern nur eine gewöhnliche actio oder exceptio[37]). Die Formel der Betheuerung hieng zunächst von dem Deferirenden ab[38]). Aehnliche Wirkungen hatte ein über den Process geschlossener Transact[39]). Endlich konnte auch vor und während des Processes auf einen Dritten als Schiedsrichter[40]) compromittirt werden[41]). Allein dessen Spruch machte kein Iudicat, sondern es musste auf Erfüllung aus der über das arbitrium errichteten Stipulation geklagt werden[42]).

Siebentes Kapitel.

Darstellung eines römischen Processes.

728. Der Process begann mit der Vorladung des Gegners. Diese gieng nicht von dem Magistrate aus, sondern war lediglich dem Kläger überlassen. Jedoch waren auch von

36) Fr. 1. 2. 5. §. 2. fr. 7. 42. §. 3. D. de iureiur. (12. 2), fr. 56. D. de re iudic. (42. 1), fr. 1. pr. D. quar. rer. (44. 5).

37) Fr. 7. 9. pr. §. 1. 6. 7. fr. 11. 28. §. 10. fr. 29. D. de iureiur. (12. 2), §. 11. J. de act. (4. 6).

38) Fr. 3. §. 4. fr. 4. 5. pr. §. 1. 3. fr. 33. 34. §. 5. D. de iureiur. (12. 2).

39) Fr. 16. D. de transact. (2. 15), c. 6. 17. 20. 33. C. de transact. (2. 4).

40) Von diesem arbitrium ex compromisso spricht Rudorff II. §. 68., Keller §. 7. Note 118. §. 66. Note 772.

41) Cicero pro Quint. 5., fr. 1. 3. 4. 5. 6. 13. §. 3. 4. D. de recept. (4. 8).

42) Paul. sent. rec. V. 5 A. §. 1., fr. 2. 11. §. 3. fr. 27. §. 7. fr. 38. D. de recept. (4. 8), c. 1. 5. C. de recept. (2. 56).

dem Gesetz die dazu nöthigen Zwangsmittel in dessen Hand gelegt. Nach den zwölf Tafeln war dieses in folgender Weise geordnet. Der Kläger forderte den Gegner vor Gericht, und dieser war verpflichtet zu folgen. Weigerte er sich, so konnte Jener die Hand anlegen und ihn in Gewahrsam nehmen; nur musste er darüber, dass er den Andern ordentlich geladen und dieser ihm zu folgen sich geweigert hatte, an Ort und Stelle Zeugen angerufen haben [1]. Der Verhaftete konnte sich aus der Haft nur durch Stellung eines zureichenden vindex befreien, der die Sache ganz auf sich nahm [2], widrigenfalls wurde natürlich der Streit gegen ihn in der Haft bis zum Ende durchgeführt. Diese Form setzt voraus, dass die in ius vocatio an einem Gerichtstag geschah, wo man zusammen unmittelbar zum Gericht hin gieng. Es muss aber eine in ius vocatio auch an einem andern Tage möglich gewesen sein, wo dann der Gegner das Erscheinen im Gericht durch ein vadimonium verbürgte [3], und wo es zur Handanlegung kam, wenn er dieses verweigerte, oder nicht erschienen war [4]. Jener Grundsatz, die Vorladung durch den Kläger besorgen zu lassen, blieb bis in die spätere Zeit [5]; doch machte das Edict und die Jurisprudenz Milderungen in Ansehung gewisser Personen [6], Zeiten [7] und Orte [8]; auch wurde der

1) Porphyrio ad Horat. satyr. I. 9. v. 65., Cicero de legib. II. 4., Festus v. struere, Gellius XX. 1. Den Hergang zeigen unter Anderen Horat. satyr. I. 9. v. 74—78., Plautus Curcul. V. 2. v. 23—27., Persa IV. 9. v. 8—10.

2) Von diesem vindex reden Gellius XVI. 10., Gaius IV. 46., Festus v. vindex, fr. 22. §. 1. D. de in ius voc. (2. 4).

3) Hierauf sind dann die in den zwölf Tafeln erwähnten vades und subvades zu beziehen, Gellius XVI. 10., Varro de ling. lat. VI. 74. Dieses wäre also der Ursprung und die älteste Form des vadimonium.

4) Darauf zielt auch die spätere Strafformel gegen den, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit, Gaius IV. 46.

5) Gellius XIII. 13., c. 1. 2. 3. C. de in ius voc. (2. 2). Andere Zeugnisse giebt Hartmann Contumacialverfahren S. 223—231.

6) Gaius IV. 46. 183., fr. 2—8. 12. 13. 22. 23. 24. D. de in ius voc. (2. 4), §. 3. J. de poena temere litig. (4. 16).

Gebrauch unmittelbarer Gewalt, wenn gleich dem Rechte nach immer zulässig[9]), durch eine Klage, welche das Edict dann gegen den sich Weigernden gestattete[10]) und durch obrigkeitliche Zwangsmittel[11]) entbehrlich; und statt eines vindex genügte nun die gewöhnliche Bürgschaft[12]). Es wurde daher Regel, dass ohne die förmliche in ius vocatio die Partheien unter einander ein vadimonium eingiengen, sich an einem bestimmten Tage bei Gericht einzufinden[13]), und erst wenn dieses versäumt war, fand das alte barsche Verfahren statt[14]). In den Municipien wurde, wenn die Sache nach Rom gehörte, wegen des Erscheinens daselbst vom Magistrat ein vadimonium decretirt und gegen den sich Weigernden ein recuperatorisches iudicium angeordnet[15]). War aber Einer abwesend, oder hielt er sich so verborgen, dass eine Ladung gar nicht anzubringen war[16]), so wurde nach dem prätorischen Recht nach Umständen die Immission in sein Vermögen decretirt[17]).

---

7) Fr. 1. D. de fer. (2. 12), fr. 2. §. 1. D. si quis in ius (2. 5).

8) Fr. 18—21. D. de in ius voc. (2. 4).

9) Fr. 21. D. de in ius voc. (2. 4), fr. 5. §. 1. D. qui satisdare (2. 8).

10) Gaius IV. 46.

11) Fr. 2. §. 1. D. si quis in ius (2. 5), fr. 1. §. 3. D. de insp ventr. (25. 4).

12) Fr. 1. 2. D. in ius vocati (2. 6), fr. 1. 2. 5. §. 1. D. qui satisdare (2. 8).

13) Cicero pro Tullio 20. pro Quint. 5. 6. Die in den Pandekten häufig erwähnte satisdatio oder stipulatio in iudicio sistendi causa facta ist nichts anders als dieses vadimonium. Die Literatur über das vadimonium geben Rein Privatrecht S. 892., Keller §. 47., Rudorff II. §. 64.

14) Horat. sat. I. 9. v. 36. 37. 74—78.

15) Lex Rubria c. 21 (Haubold monum. p. 153). Man sehe dazu Puchta (Savigny Zeitschr. X. 224).

16) Von diesen und den unten zu erwähnenden verwandten Fällen handelt Hartmann Ueber das römische Contumacialverfahren. Göttingen 1851.

17) Cicero pro Quint. 19., Gaius III. 78., fr. 7. §. 1. fr. 13. D. quib. ex caus. in possess. (42. 4), fr. 19. D. de in ius voc. (2. 4).

729. Jenes System der in ius vocatio machte es für den Kläger nothwendig, die Tage, wo der Prätor Gericht hielt, genau zu erforschen[18]). In den Provinzen wurden die Convente vorher verkündigt[19]). Da an dem Tage regelmässig eine Anzahl von Processen zusammen kamen, so wurden sie nöthigenfalls durchs Loos auf bestimmte Tage vertheilt[20]). Dem Gange der Verhandlungen war in der ältesten Zeit durch die legis Actionen der Weg gewiesen. Unter dem Formularprocess begannen sie damit, dass der Kläger den Anderen mit dem Grunde und Inhalt der Klage bekannt machte[21]) und die von ihm beantragte Formel angab[22]). War das Rechtsverhältniss mit seiner Formel ausdrücklich im Edicte verzeichnet, so war die Klage durch die Beziehung auf das prätorische Album gerechtfertigt[23]). In anderen Fällen, wenn das Edict ausdrücklich die Gestattung der Klage von der Cognition des Prätors abhängig gemacht[24]), oder wenn es sich um ein ganz ungewöhnliches Factum handelte[25]), oder wenn die Klage augenscheinlich grundlos war[26]), konnte sie der Prätor

Von diesen beiden Fällen handelt Hartmann S. 4—86. Er behauptet aber, dass im Falle der einfachen absentia die immissio nur custodiae causa geschehen sei. Anderer Meinung sind jedoch Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 26., Keller §. 49. 83. 84., Rein Privatrecht S. 933. Note 1.

18) Man sehe oben §. 701. Note 68.

19) Man sehe §. 243.

20) Servius ad Aen. II. 102. VI. 431., Cicero in Verr. II. 15. 18.

21) Dieses hiess edere actionem, fr. 1. pr. D. de edendo (2. 13). Die ältere Meinung, dass vor oder nach der editio eine postulatio actionis als besonderes Gesuch klagend auftreten zu dürfen, vorgekommen sei, lässt sich nicht beweisen.

22) Dass der Kläger die Formel dem Prätor vorschlug, ergiebt sich aus Gaius IV. 35. 41. 86. 131., Cicero in Verr. III. 65., de orat. I. 37.

23) Fr. 1. §. 1. D. de edendo (2. 13).

24) Beispiele geben fr. 2. pr. D. quod cum eo (14. 5), fr. 10. pr. D. quae in fraud. (42. 8), fr. 1. pr. D. de superfic. (43. 18).

25) Man sehe §. 590. Note 33.

26) Cicero pro Flacco 21., Gaius IV. 54., fr. 27. pr. D. de verb. obl. (45. 1).

von vorne herein abweisen. Unter mehreren an sich zulässigen Klagen hatte der Kläger die Wahl [27]). Auf die Klage folgte des Beklagten Vertheidigung [28]), und wenn diese in einer Exception bestand, der Vorschlag der deshalb in die Formel einzurückenden Clausel [29]). Verbesserungen an der vorgeschlagenen Formel standen dem Kläger und unstreitig auch dem Beklagten bis zur Litiscontestation frei, dann aber nicht mehr [30]). Wenn daher der Prätor nach einer solchen fehlerhaften Formel die seinige concipirt und das iudicium constituirt hatte, so konnte dieses den Verlust der ganzen Sache nach sich ziehen [31]); deshalb kam hier auf juristische Kunst Vieles an [32]). War der Kläger über gewisse Qualitäten seines Gegners, woran ihm zur richtigen Abfassung seiner Klage gelegen war, zweifelhaft, so konnte er denselben durch Interrogationen vor dem Prätor nöthigen, sich darüber zu erklären [33]). Alle diese Verhandlungen waren mündlich, wurden aber unstreitig schon in alten Zeiten mit den Interlocuten des Magistrates kurz zu Protocoll genommen [34]).

730. Kam die Sache an demselben Tage nicht vor oder nicht zu Ende, so musste der Beklagte, dass er sich zu einem bestimmten Termin wieder stellen würde, durch ein vadimonium verbürgen [35]). Hatte er sich auf die in ius

27) Cicero pro Caecina 3.

28) Cicero erat. partit. 28.

29) Cicero de invent. II. 19., de erat. I. 37.

30) C. 3. C. de edende (2. 1), fr. 4. §. 3. D. de nex. act. (9. 4).

31) Gaius IV. 57. 68., Fragm. Vatic. 53., Cicero de invent. II. 19., de erat. I. 36., Quintil. inst. erat. III. 6. §. 69.

32) Cicero Topic. 17.

33) Fr. 1. 2. 4. 5. 7. 8. 10. 11. 13. 20. 21. D. de interreg. (11. 1). Man sehe darüber Keller §. 51.

34) Beispiele aus der späteren Zeit geben Fragm. Vatic. §. 112., fr. 21. D. de auctor. tut. (26. 8), fr. 3. D. de his quae in testam. delent. (28. 4), Spangenberg tabul. n. 63. Hinsichtlich der Interlocute sehe man c. 4. C. comminat. (7. 67).

35) Gaius IV. 184. 185. 187., Cicero pro Quint. 7. 8., Gellius VII. 1.

vocatio im ersten Termin gar nicht gestellt, oder war er gegen das vadimonium im andern Termin ausgeblieben, was vadimonium deserere hiess, so nahm der Kläger darüber vor Zeugen eine Urkunde auf[36]), und er konnte dann, wenn das Ausbleiben nicht durch ächte Noth zu rechtfertigen war[37]), die Zahlung der im vadimonium festgesetzten Summe[38]), oder gar wie gegen einen Condemnirten nach dem alten Recht persönliche Haft, nach dem Edict Immission ins Vermögen verlangen[39]). Gleiche Zwangsmittel galten gegen den, der zwar erschien, allein sich zu vertheidigen oder zu antworten sich weigerte[40]).

731. Am Schlusse der Verhandlungen wurde zur Zeit der legis Actionen vom Magistrate gleich der iudex gegeben; nach der lex Pinaria aber erst nach dem dreissigsten Tage[41]). Diese Frist blieb auch unter dem Formularprocess[42]), wodurch der Prätor zur Abfassung der Formel

---

36) Cicero pro Quint. 6. 17., fr. 22. pr. D. ex quib. caus. maior. (4. 6).

37) Seneca de benef. IV. 9., fr. 2. 3. 4. D. si quis caution. (2. 11).

38) Gaius III. 224. IV. 185. 186.

39) Cicero pro Quint. 15. 18., fr. 2. pr. D. quib. ex caus. in possess. (42. 8). Man sehe Hartmann Contumacialverfahren S. 75—86.

40) Lex Rubria c. 21. 22., fr. 52. D. de reg. iur. (50. 17). Man sehe Hartmann S. 102—122., Keller §. 65.

41) Gaius IV. 15. 18., (Ascon.) in Verr. II. 1, 9. p. 194 Orell. Die Restitution der Stelle des Gajus, welche Mommsen vorschlägt, ist eben so unsicher, als wenn derselbe die lex Pinaria mit dem oben (§. 165. Note 15) erwähnten Gesetz in Verbindung bringt. Beides wird jedoch von Rudorff I. §. 43. Note 2. II. §. 21. Note 8. adoptirt.

42) Servius ad Aen. VI. 431. Sine sorte. Sine iudicio. Traxit autem hoc ex more Romano: non enim audiebantur causae, nisi per sortem ordinatae: nam tempore quo causae agebantur, conveniebant omnes (unde et „Concilium" ait), et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo post dies triginta suas caussas exsequerentur. — Den Worten nach heisst dieses allerdings, dass die Verhandlungen jedes angemeldeten Processes erst dreissig Tage nach dem ihm durch das Loos bezeichneten Tage begannen. So versteht es auch Keller §. 50. Note 595. Allein dann waren die dreissig Tage rein zwecklos und verloren. Man muss also annehmen, dass die Verhandlungen gleich am ausgeloosten Tage begannen, und dass die dreissig Tage eine andere von Servius nicht mehr verstandene Beziehung hatten.

Musse erhielt. Nach diesem Termin wurde die Auswahl des iudex vorgenommen und über das constituirte iudicium die Litiscontestation vollzogen. Unstreitig war dieses auch der Zeitpunkt, wo die cautio iudicatum solvi in den besonderen Fällen geleistet wurde, wo eine solche gefordert werden konnte[43]). Hierauf mussten sich Beide, wenn nicht der Prätor zur Anschaffung der Beweismittel oder aus anderen erheblichen Gründen eine Dilation bewilligt hatte[44]), am dritten Tage vor dem iudex einfinden[45]). Vor diesem wurde die Sache zuerst kurz exponirt, dann ausführlich perorirt[46]), und nach den Reden die für und wider vorgebrachten Zeugen[47]) von den Anwälten abgefragt[48]), wobei diese ihre Kunst beweisen konnten[49]). Die Zeugen mussten die Wahrheit ihrer Aussage durch einen Eid bekräftigen[50]). Statt der Zeugen in Person konnten deren schriftliche Aussagen beigebracht werden[51]), wobei aber natürlich ein Eid nicht vorkam[52]). Ein Zwang zur Zeugnissablegung in Civilsachen war bis auf Justinian unbekannt[53]). Andere Beweismittel waren Urkunden, Notorietät

---

43) Gaius IV. 25. 88—91. 96—102., pr. §. 1. J. de satisdat. (4. 11), Cicero pro Quint. 7. 8.

44) Fr. 7. 10. D. de feriis (2. 12), fr. 36. pr. fr. 45. pr. D. de iudic. (5. 1), c. 1—4. C. de dilat. (3. 11).

45) Am dies perendinus, Gaius IV. 15., Cicero pro Murena 12., Festus v. res comperendinata, Gellius X. 24.

46) Jenes hiess causae coniectio, Gellius V. 10., (Ascon.) in Verr. II. 1, 9. p. 164 Orell., fr. 1. D. de reg. iur. (50. 17); oder collectio, Gaius IV. 15.

47) Davon handelt Escher de testium ratione. Turici 1842.

48) Dass dieses nach den Reden geschah, ergiebt sich aus Cicero pro Quint. 14., C. Titius apud Macrob. Saturn. II. 12. Zwar behauptet Ferrat. epist. I. 3. wegen Cicero pro Caecina 9. 10., die Zeugen seien vor dem Peroriren abgehört worden. Allein diese Rede beweist darüber nichts, weil sie in Folge einer ampliatio gehalten worden ist.

49) Quintil. inst. orat. V. 7.

50) Cicero pro Rosc. Com. 15., Quintil. inst. orat. V. 7. §. 5.

51) Quintil. inst. orat. V. 7. §. 1.

52) Quintil. inst. orat. V. 7. §. 32.

53) Quintil. inst. orat. V. 7. §. 9., c. 16. 19. C. de testib. (4. 20).

und Erpressung des Geständnisses durch Tortur[54]). Letztere war jedoch nur in Erbschaftsachen und in diesen nur gegen Knechte zulässig[55]). Den unvollständigen Beweis konnte der iudex durch einen Eid ergänzen lassen[56]), und wahrscheinlich auch der eine Theil dem anderen wie vor dem Prätor so auch im iudicium einen Eid deferiren[57]). Nach den ausführlichen Reden wurden in einer aus Fragen und Antworten bestehenden altercatio die Hauptpunkte recapitulirt[58]), und endlich der Spruch gefällt. Bestand das iudicium aus mehreren Personen, so kam es auf die Mehrheit der Stimmen an[59]). Gieng diese dahin, dass die Sache noch nicht klar genug scheine, so wurde amplirt, das heisst eine zweite und öftere Verhandlung vorgenommen[60]). Die Sentenz musste mündlich pronuncirt werden[61]), wurde aber insgemein vorher niedergeschrieben, und von der Tafel abgelesen[62]).

732. Eine Sicherheitsbestellung wegen des Erscheinens in iudicio gab es nicht[63]), und war auch überflüssig. Denn wenn Einer hier ausblieb, so wurde nach den zwölf Tafeln eine gewisse Stunde gewartet, und dann nach dem Antrag des Anwesenden erkannt (praesenti lis addiceba-

---

54) Quintil. inst. orat. V. 1—5.

55) Paul. sent. rec. V. 15. §. 6. V. 16. §. 2., fr. 2. D. de appell. rec. (49. 5).

56) Dionys. II. 75., fr. 31. D. de iureiur. (12.2), c. 3. C. de reb. cred. (4. 1).

57) Fr. 25. §. 3. D. de probat. (22. 3).

58) Quintil. inst. orat. VI. 4.

59) Valer. Max. VII. 7, 1., fr. 36. 38. pr. D. de re iud. (42. 1).

60) Daher die prima, secunda, tertia actio, Cicero pro Flacco 20., pro Caecina 2. 33., (Ascon.) in Verr. II. 1, 9. p. 164 Orell., fr. 36. D. de re iud. (42. 1), Gellius XIV. 2.

61) C. 1. C. de sentent. ex peric. recit. (7. 44).

62) Sueton. Claud. 15. Beispiele giebt Orelli Inscr. T. II. n. 3671., Orelli-Henzen n. 7420 a., Gruter Inscr. p. 209. n. 1., Spangenberg tabul. n. 81.

63) Davon handelt genau Hartmann Contumacialverfahren S. 232—251. Man vergleiche dazu Rudorff II. §. 64. Anm.

tur)[64]. Später wurde dieses dahin gemildert, dass der Kläger doch auch in Abwesenheit des Beklagten (in eremodicio[65]) seinen Anspruch zu begründen hatte und abgewiesen werden konnte[66]. Nur in den besonderen Fällen, wo wie oben bemerkt eine cautio iudicatum solvi bestellt wurde, wirkte diese von selbst auch für das Erscheinen im iudicium[67].

Achtes Kapitel.
Gerichtsverfassung unter den Kaisern[1].

---

733. Unter den Kaisern wurde die bürgerliche Rechtspflege in Rom noch lange Zeit von den Prätoren verwaltet, deren Zahl eben zu diesem Zwecke bedeutend vermehrt wurde[2]. Neben ihnen hatten auch die Consuln damit zu thun[3]. Ferner bestand noch das Centumviralgericht, selbst mit erhöhtem Ansehen[4]. Etwas Neues war nur die Jurisdiction des Präfecten der Stadt, die sich auf die Rechtshändel bezog, welche einen polizeilichen Charakter an sich trugen[5].

734. Auch die Zuziehung von Privatrichtern oder Geschworenen bei der Rechtspflege dauerte fort, und wurde selbst von Octavian bei der Reform der Procedur, welche

---

64) Gellius XVII. 2., Cicero in Verr. II. 17.

65) So nannte man die Abwesenheit des einen Theils, fr. 7. §. 12. D. de minor. (4. 4), c. 13. §. 3. 4. C. de iudic. (3. 1).

66) Man sehe Keller §. 69., Rudorff II. §. 96.

67) Fr. 5. §. 2. fr. 6. 13. pr. D. Iudicat. solvi (46. 7).

1) Hieher gehört besonders das oben (§. 689. Note 1) genannte Werk von Bethmann-Hollweg. Durch dieses ausgezeichnete Werk ist über diesen Gegenstand ein neues Licht verbreitet.

2) Man sehe §. 282.

3) Dio Cass. LXIX. 7., Gaius II. 278., Sueton. Claud. 12., Tacit. ann. XIII. 4., Plinius paneg. 77. Man sehe Rudorff II. §. 4. Note 6.

4) Man sehe §. 694.

5) Man sehe §. 286.

er in der lex Iulia iudiciorum privatorum vornahm[6]), genauer geordnet. Er bildete zuerst drei Decurien, dann eine vierte aus den Ducenarien, das heisst denen, die zu 200000 Sestertien censirt waren, zur Aburtheilung geringerer Civilsachen, wodurch die Gesammtzahl der Geschworenen auf 4000 kam[7]). Eine fünfte Decurie fügte Caligula hinzu[8]). Die Auswahl geschah unter Octavian anfangs durchs Loos, später durch allectio[9]). Das Amt durfte als ein Dienst für das gemeine Wesen nicht abgelehnt werden[10]); doch gab es gewisse Gründe, die dazu unfähig machten[11]), und andere die davon excusirten, namentlich eine gewisse Anzahl von Kindern[12]). Die Gewählten wurden auf einem Album verzeichnet[13]). Ueber deren Würdigkeit wachte der Kaiser kraft seiner censorischen Gewalt[14]).

735. Auswärts in den Landschaften Italiens stand zwar den Municipalobrigkeiten noch eine Jurisdiction zu[15]); doch war diese nun beschränkt. Die älteste Nachricht über diese Beschränkungen ist in der lex Rubria, welche die Befugnisse der städtischen Obrigkeiten im cisalpinischen

6) Fragm. Vatic. §. 197. 198., Gellius XIV. 2.

7) Sueton. Octav. 32., Plinius hist. nat. XXXIII. 7. 8 (1. 2), Seneca de benef. III. 7.

8) Sueton. Calig. 16. Die vier oder fünf Decurien der iudices werden auch in Inschriften erwähnt, Orelli T. I. n. 73. 95. 2179. 2180. T. II. n 3155. 3156. 3877. 3899., Orelli-Henzen n. 6466. 6467. 6469. 6956. Unter Galba wurde von den Richtern noch eine sechste Decurie verlangt, aber nicht gewährt, Sueton. Galba 14.

9) Darüber, und über Anderes auch hieher Gehörende, namentlich die verschiedenen Kategorien der iudices, sehe man unten §. 837.

10) Fr. 18. §. 14. D. de muner. (50. 4), fr. 13. §. 2. 3. D. de vacat. (50. 5).

11) Fr. 12. §. 2. D. de iudic. (5. 1), Fragm. Vatic. §. 194.

12) Fr. 6. §. 8. D. de excus. (27. 1), Sueton. Claud. 15., Fragm. Vatic. §. 197. 198.

13) Sueton. Claud. 16., Seneca de benef. III. 7.

14) Plinius hist. nat. XXIX. 8(2), Sueton. Claud. 15. 16. Domit. 8.

15) Lex Mamilia c. 3. 5., Siculus Flaccus de condic. agror. p. 135. Man vergleiche dazu §. 300.

Gallien ordnete [16]). Diese waren über gewisse Sachen unbedingt, über andere namentlich über baare Gelddarlehn nur bis zum Betrag von 15000 Sestertien competent; doch war ihnen noch Einiges vom judiciären imperium gelassen[17]); auch wurde ihnen wirklich imperium und potestas beigelegt [18]). Später ist aber die Jurisdiction der Municipalmagistrate schlechthin auf eine gewisse Summe beschränkt [19]); sie sind ohne imperium und potestas [20]), und entbehren daher durchaus die Rechte, welche mehr aus dem imperium als aus der Jurisdiction herrühren [21]), wenn ihnen nicht der Dringlichkeit wegen Einiges davon besonders delegirt wird [22]). Die ihnen entzogenen Sachen kamen nach Rom an die Prätoren [23]), bis dass zur Erleichterung für die entfernteren Regionen die consulares, später die iuridici eingesetzt wurden [24]).

736. In den Provinzen wurden die Rechtshändel nach alter Weise vom Präses [25]) oder seinen Legaten, so weit er ihnen die Jurisdiction mandirt hatte [26]), auf ihren Rundreisen in den dazu bestimmten Conventstädten entschieden [27]) oder zur Entscheidung einem Anderen übertragen [28]).

16) Man sehe §. 260.

17) Das Genauere giebt Puchta (Savigny Zeitschr. X. 205—227), Savigny Röm. Recht im Mittelalt. I. §. 12.

18) Man sehe §. 689. Note 8.

19) Fr. 28. D. ad munic. (50. 1), Paul. sent. rec. V. 5 A. §. 1.. Lex municip. Salpens. c. 69.

20) Paul. sent. rec. V. 5 A. §. 1.

21) Fr. 26. D. ad munic. (50. 1).

22) Fr. 1. 4. §. 3. 4. D. de damno infect. (39. 2).

23) Fr. 1. 4. §. 3. 4. D. de damno infect. (39. 2).

24) Man sehe §. 299.

25) Gaius I. 6., fr. 7. §. 2. fr. 8. 9. D. de off. procons. (1. 16), fr. 10. 11. D. de off. praesid. (1. 18). Auch die Interdictsprocesse, Aggenus in Frontin. p. 56.

26) Fr. 4. §. 6. fr. 5. 6. pr. §. 1. fr. 12. 13. 15. D. de off. procons. (1. 16), fr. 4. D. de off. eius (1. 21).

27) Strabo III. 4. §. 20. p. 167 Casaub., Plinius epist. X. 85., Gaius I. 20. Die Eintheilung mehrerer Provinzen nach ihren Conven-

Daneben gab es aber mehrere Exemtionen. Erstlich hatten alle freien Städte wie natürlich ihre eigene Jurisdiction[29]). Eben so die Municipien und Colonien unter denselben Beschränkungen wie in Italien[30]). Endlich mögen auch einzelne Städte der gewöhnlichen Art aus besonderen Gründen eine untergeordnete Gerichtsbarkeit über die Eingesessenen bewilligt erhalten haben[31]).

737. Ueber alle diese Jurisdictionen erhob sich aber der Kaiser als der oberste Gerichtsherr, der in den verschiedenen ihm decretirten Gewalten die Berechtigung fand, öffentlich zu Gericht zu sitzen[32]), die ihm aus den Provinzen zugeschickten Rechtssachen zu entscheiden[33]), und aus dem ganzen Reiche Appellationen anzunehmen[34]). Er richtete dann entweder selbst mit seinem Consilium[35]), oder delegirte dazu als iudex den Senat[36]), oder einen Magistrat, oder einen Privatmann[37]).

738. In der späteren Zeit seit Constantin war das Verhältniss der Gerichte nach der nun gebildeten Verfas-

ten beschreibt Plinius hist. nat. III. 3. 4. 25. 26. (1. 3. 21. 22). IV. 34. 35. (20. 22). V. 25. 29. 30. 31. 33. (27. 28. 29. 30).

28) Ein Beispiel in einer Gränzstreitigkeit ist bei Boeckh T. I. n. 1732.

29) Dieses zeigt das Beispiel von Athen, Boeckh T. I. n. 355., Tacit. ann. II. 55.

30) Die Ausdehnung des in den Noten 9—12. Gesagten auf die Bürgerstädte in den Provinzen hat die bestimmteste Analogie für sich. Ein näherer Beweis ist auch die Erwähnung des Präses im fr. 4. pr. §. 3. 4. D. de damno infecto (39. 2). Dass man dieses blos auf die mit dem Ius Italicum begabten Städte beschränken will, hängt mit der im §. 319. widerlegten Ansicht zusammen.

31) Wenigstens in Alexandrien gab es einen Archidikastes, Strabo XVII. 1. §. 7. p. 797 Casaub.

32) Man sehe §. 275. Note 88.

33) Ein Beispiel giebt Fronto epist. ad Marcum II. 15.

34) Man sehe §. 275. Note 89—92.

35) Man sehe §. 276.

36) Capitol. M. Antonin. 10.

37) Paul. sent. rec. V. 5 A. §. 1., fr. 3. D. quis a quo appell. (49. 3). Beispiele davon in den Provinzen giebt Orelli inscr. T. II. n. 367. 4031., Boeckh T. I. n. 1711.

sung folgendes. In Rom hatten die Prätoren noch Jurisdiction[38]; eben so die in Constantinopel; doch waren sie hier, und wohl eben so in der alten Hauptstadt, auf bestimmte Gegenstände beschränkt[39]. Die regelmässige Gerichtsbarkeit hatte also in den beiden Hauptstädten der Stadtpräfect und mit diesem concurrirend in Rom der Vicarius der Stadt[40]. Auswärts im Reiche, sowohl in Italien wie in den Provinzen, stand dieselbe dem Rector einer jeden Provinz zu, welcher daher der iudex ordinarius oder iudex schlechthin hiess[41]. In den Provinzen, welche unmittelbar durch Proconsuln regiert wurden, hatten natürlich diese und ihre Legaten die Jurisdiction zu verwalten[42]. Ein Gleiches war bei den von Justinian neu eingesetzten Prätoren oder Proconsuln der Fall[43]. Es gab aber keine Convente mehr, sondern Jeder musste in der Metropole zu Gericht gehen[44]. Zur Erleichterung der Rechtspflege waren jedoch den Rectoren bestimmte Personen wahrscheinlich aus den Advocaten beigeordnet, denen sie die unwichtigen Sachen zur eigenen Entscheidung überweisen konnten[45]. Uebrigens hatten aber auch noch die Municipalmagistrate eine beschränkte Jurisdiction[46], und in den Städ-

38) Symmach. VIII. 21. X. 39.

39) C. 19. C. Th. de praetor. (6. 4), c. 1. C. J. de off. praetor. (1. 39), c. 18. C. J. de praed. minor. (5. 71).

40) Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 7.

41) C. 1. 5. 6. 9. 11. C. Th. de off. rector. (1. 16).

42) C. 1. 3. C. Th. de off. procons. (1. 2). Ueber Africa sehe man die Bemerkungen von Böcking zur Notitia dignit. Occid. cap. 17.

43) Nov. 24. c. 4., nov. 25. c. 5., nov. 27. c. 2., nov. 28. c. 3., nov. 30. c. 9.

44) Man sehe §. 392.

45) Diese hiessen iudices pedanei, c. 2. 5. C. de pedan. iudic. (3. 3). Man sehe über diesen viel besprochenen Punkt Bethmann-Hollweg §. 13. Die erwähnte const. 5. ist in einer Inschrift etwas vollständiger aufgefunden worden, Orelli-Henzen n. 6431.

46) C. 1. 3. C. Th. de repar. appell. (11. 31). Den Beweis giebt auch die Aufnahme der in den Noten 9. 12. citirten Stellen in die Pandekten.

ten, wo keine waren, erhielten die Defensoren eine Gerichtsbarkeit bis zum Betrag von fünfzig Solidi[47]), was Justinian auf dreihundert Solidi erhöhte[48]).

739. Der Einfluss des Kaisers auf die Rechtsverwaltung hatte nun noch bestimmtere Formen angenommen. Die Veranlassung dazu konnte eine dreifache sein, nämlich wenn an ihn appellirt, oder wenn er von einem Beamten über eine Rechtssache consultirt, oder wenn bei ihm von einer Privatperson um eine unmittelbare Entscheidung supplicirt worden war. In diesen Fällen wurde die Sache, wenn der Kaiser sich selbst mit ihr befasste, im Consistorium mit dem dafür besonders vorgeschriebenen Ceremoniell[49]), zuweilen auch in Gegenwart des Senates[50]) verhandelt. Bei Appellationen kam es jedoch dazu seltener, weil nun der Kaiser den Präfecten der Stadt, den Präfecten des Prätoriums und anderen hohen Beamten seine Gerichtsbarkeit delegirt hatte, so dass sie vice sacra auch über Appellationen zu erkennen hatten. Diese Gerichte hiessen sacra auditoria und es wurde darin mit dem Ceremoniell des kaiserlichen Consistoriums procedirt[51]).

740. Uebrigens waren nun auch mancherlei besondere Jurisdictionen entstanden, theils für gewisse Gegenstände theils für bestimmte Personenclassen. Zu denen der ersten Art gehörten folgende. Für die Fideicommisse war eine eigene Prätur eingesetzt[52]); desgleichen für die Vormundschaften[53]). In Sachen des Aerariums hatten die Präfecten desselben auch die in diese Administration einschlagenden Rechtsfragen zu entscheiden[54]). In Sachen des Fis-

47) C. 1. 3. C. de defens. (1. 55). Man vergleiche §. 394.

48) Nov. 15. c. 3. §. 2.

49) Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 10.

50) Man sehe §. 371.

51) Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 3. 10.

52) Man sehe §. 282. Note 9. §. 674. Note 27.

53) Man sehe §. 282. Note 11. §. 550. Note 19.

54) Sueton. Nero 17., fr. 8. §. 19. D. de transact. (2. 15), fr. 12. D. de his quae ut indign. (34. 9), fr. 42. pr. D. de iure fisci (49. 14).

eus wurde durch ein Senatusconsult unter Claudius den kaiserlichen Procuratoren in den Provinzen die Jurisdiction beigelegt [55]). In Rom wurde dafür unter Nerva ein eigener Prätor eingesetzt [56]). Nach der späteren Verfassung gehörten die Ansprüche, wobei die Schatzkammer oder das Kronvermögen betheiligt war, vor den betreffenden Rationalis [57]), von welchem an den Kaiser [58]) oder an diejenigen Beamten appellirt wurde, denen dieses Recht vom Kaiser delegirt war, regelmässig an den Comes der Schatzkammer oder des Kronvermögens [59]). Im Rom lief die Appellation von dem Rationalis der Stadt an den Stadtpräfecten [60]). Die Parthei des Fiscus vertrat in diesen Gerichten ein Advocat desselben, dessen Amt seit Hadrian stehend gemacht und mit einem Gehalt verbunden war [61]). Ueber die Streitfragen, welche in den Geschäftskreis der Präfecten der annona einschlugen, hatten diese zu erkennen [62]). Endlich war seit Constantin auch bei den christlichen Bischöfen eine zwiefache Art von Jurisdiction von Staatswegen anerkannt und unterstützt: einmal in den Sachen, welche die Religion angiengen; zweitens in gewöhnlichen Civilsachen, welche freiwillig an sie als Schieds-

55) Tacit. ann. XII. 60., Sueton. Claud. 12., fr. 9. pr. D. de off. precons. (1. 16), c. 2. 3. C. ubi causae fisc. (3. 26). Früher gehörten sie vor die gewöhnlichen Gerichte, Dio Cass. LVII. 23.

56) Fr. 2. §. 32. D. de orig. iur. (1. 2), Plinius paneg. 36.

57) C. 41. C. Th. de appell. (11. 30), c. 5. C. ubi causae fisc. (3. 26), c. 5. C. ubi causa status (3. 22).

58) C. 18. C. Th. de appell. (11. 30).

59) C. 21. 28. 45. C. Th. de appell. (11. 30), c. 3. C. Th. de off. comit. largit. (1. 10), c. 13. C. Th. de iure fisci (10. 1). Eine Aenderung machte die c. 41. C. Th. de appell. (11. 30). Diese hat aber Justinian in der c. 4. C. de advoc. fisci (2. 9) nicht aufgenommen.

60) C. 49. C. Th. de appell. (11. 30), Symmach. epist. X. 62.

61) Spartian. Hadrian. 20., Antonin. Geta 2., fr. 3. D. de his quae in testam. (28. 4), Fragm. de iure fisci §. 17., tit. C. de advoc. fisci (2. 9).

62) Cassiodor. var. VI. 18., c. 4. C. Th. de appell. (11. 30). Man vergleiche dazu §. 293. Note 18.

richter gebracht wurden[63]). Dasselbe Recht war aber auch den Juden und ihren Patriarchen zugestanden[64]).

741. Die Gerichtsstände besonderer Personenclassen waren noch mannigfaltiger. Die Senatoren hatten seit Constantin ihr Forum beim Stadtpräfecten[65]), was jedoch später bei den Senatoren, welche in den Provinzen domicilirt waren, modificirt wurde[66]); die Execution musste jedoch in allen Fällen beim Stadtpräfecten nachgesucht werden[67]). Die Officialen standen unter der Obrigkeit, wobei sie angestellt waren[68]); die Palatinen der höheren wie der niederen Art unter dem Magister der Officien[69]); die Colonen und Knechte auf den Gütern des kaiserlichen Hauses unter dem comes domorum auch in Criminalsachen[70]); die auf den Reichs- und Patrimonialgütern unter dem rationalis rei privatae jedoch blos in Civilsachen[71]). Die Klagen gegen Soldaten gehörten bis ins fünfte Jahrhundert vor den ordentlichen Richter; nun aber wurde den Militäroberen die Gerichtsbarkeit dafür beigelegt, und zwar dem magister militum, dem dux oder comes, je nach der Heeresabtheilung, worin der Untergebene stand; über die duces und comites aber den magistri militum, und über die in den Gränzländern dem Magister der Officien. Die Appellation von den duces lief wie die von den magistri militum unmittelbar an den Kaiser[72]). Endlich die Kleriker und Ordensleute erhielten von Justinian den Gerichts-

63) Man sehe Walter Kirchenrecht §. 181. 182.

64) C. 10. C. Th. de iurisd. (2. 1).

65) C. 1. C. Th. de accusat. (9. 1), c. 4. C. Th. de iurisd. (2. 1), Symmach. epist. X. 69.

66) C. 2. C. ubi senator. (3. 24). Danach ist c. 1. eod. interpolirt.

67) C. 11. C. Th. de off. praef. urb. (1. 6).

68) C. 2. C. de off. magist. milit. (1. 29), c. 5. C. de apparit. magist. milit. (12. 55).

69) Man sehe §. 364. Note 64.

70) C. 11. C. ubi causae fiscal. (3. 26). Man vergleiche §. 413.

71) C. 7. 8. C. ubi causae fiscal. (3. 26), c. 2. C. Th. de off. comit. rei priv. (1. 11), c. 1. 11. C. Th. de iurisd. (2. 1).

72) Man sehe Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 8.

stand vor den Bischöfen, die Bischöfe vor ihren höheren Oberen [73]).

742. Etwas allen Gerichten gemeinschaftliches war das Institut der Assessoren [74]). Schon unter der Republik hatte sich aus Bedürfniss der Gebrauch gebildet, dass sich ein Magistrat bei der Verwaltung der Jurisdiction rechtskundige Männer als Rathgeber an die Seite nahm [75]). Dieses wurde unter den Kaisern in eine feste Ordnung gebracht. Die Wahl der Assessoren blieb den Magistraten überlassen; allein seit dem dritten Jahrhundert erhielten sie eine feste Besoldung [76]), weshalb nun ihre Zahl bei jedem Gericht fixirt wurde. Regelmässig hatte jeder Magistrat nur einen Assessor [77]). Gewöhnlich war dieses der Dienst, in welchem man sich mit der Praxis bekannt machte, um dann zu Staatsämtern zu gelangen. Ihre Geschäfte waren daher mannigfaltig [78]). Doch durften sie nur zur Berathung und zu einzelnen Untersuchungen gebraucht, nicht aber die ganze Entscheidung ihnen übertragen werden [79]). Der Magistrat war an ihre Meinung nicht gebunden; doch traf sie die Verantwortlichkeit, wenn sie durch ihren Rath oder Bericht denselben zu einem falschen Urtheil verleitet hatten [80]).

---

73) Man sehe Walter Kirchenrecht §. 183.

74) Ganz aufgeklärt ist dieser Punkt erst von Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 14. Man sehe auch Dirksen die scriptores historiae Augustae S. 206—216.

75) Man sehe §. 145. Note 187. §. 243. Note 116. 118. §. 392. Note 48.

76) Spartian. Pescenn. Niger. 7., Lamprid. Alex. Sever. 46.

77) Man sehe Bethmann-Hollweg §. 14. Note 19. 20.

78) Fr. 1. D. de off. adsessor. (1. 22).

79) Nov. 60. c. 2., nov. 82. c. 2., c. 2. C. de assessor. (1. 51).

80) Fr. 2. D. quod quisque iuris (2. 2).

Neuntes Kapitel.

Die Procedur unter den Kaisern.

743. Die Procedur mit den Formeln bestand noch zur Zeit der klassischen Juristen, sowohl in Rom wie in den Provinzen[1]); mit ihr die Unterscheidung von ius und iudicium, in Rom auch die Richterdecurien[2]) und die Abhaltung der Gerichtsconvente zur Zeit des rerum actus[3]). Es entstanden aber neue Einrichtungen, welche die alte Ordnung untergruben und verdrängten. Erstens ergaben sich Rechtsfragen, deren Entscheidung nicht in den herkömmlichen Attributen der Magistrate enthalten war, und welche einer freieren Behandlung im Geiste der neuen Zustände bedurften[4]). Hier griffen nun die Kaiser mit ihren Constitutionen ein, wodurch sie in den bezeichneten Fällen die Magistrate und Beamten extra ordinem Rechtshülfe zu gewähren bevollmächtigten[5]). So entstand der Unterschied zwischen dem iure ordinario agere und den ausserordentlichen Cognitionen[6]) oder Persecutionen[7]), zwischen den Fällen, wo die Obrigkeit als Magistrat und wo sie extra ordinem Recht sprach[8]), zwischen den Rechts-

1) Letzteres ergiebt sich aus Gaius II. 278., Ulpian. XXV. 12.

2) Man sehe §. 734. Auf diese iudices bezieht sich auch ursprünglich fr. 15. pr. D. de re iudic. (42. 1).

3) Gaius II. 379.

4) Von diesem Gegensatz handelt Rudorff I. §. 5. Seine Bemerkungen sind theils richtig, theils übertrieben und gezwungen.

5) Fr. 2. pr. D. ex quib. caus. maior. (4. 6), fr. 1. §. 1. D. de insp. ventr. (25. 4).

6) Sueton. Tiber. 31. Claud. 15. — Von den extraordinariae cognitiones will Hartmann handeln (§. 692. Note 1), der darüber neue Aufschlüsse verspricht. Man sehe auch Keller §. 1. 81., Rudorff II. §. 1. 2. 59. 60.

7) Fr. 178. §. 2. D. de verb. sign. (50. 16), Gaius II. 278.

8) Fr. 7. §. 2. D. de off. procons. (1. 16).

sätzen, die aus dem Civil- und prätorischen Recht, und denen, die aus dem extraordinarium ius herrührten[9]). Die Fälle dieser Art wurden allmählig sehr zahlreich und reichten durch das ganze Rechtsgebiet[10]). Da dabei Alles von der freien Beurtheilung abhängen sollte, so eigneten sie sich zur Concipirung einer Formel und zur Ueberweisung an einen Privatrichter nicht, sondern die Obrigkeit machte Alles selbst ab[11]). Das Verfahren war also dabei weder an die in Rom und den Provinzen gesetzte Conventzeit[12]) noch an die Conception von Formeln gebunden[13]). Zweitens wurden auch bei den in der alten Ordnung zu verhandelnden Gegenständen die Privatrichter oder Geschworenen abgeschafft. In Rom geschah dieses wohl in dem Masse, als die Rechtspflege vom Prätor an den praefectus

9) Fr. 10. D. de verb. sign. (50. 16), fr. 7. D. de l. Cornel. de fals. (48. 10), c. 4. C. de aedif. privat. (8. 10).

10) Fr. 5. pr. de extraord. cognit. (50. 13). Beispiele sind die Klagen über Fideicommisse, fr. 178. §. 2. D. de verb. sign. (50. 16), Gaius II. 278., §. 1. J. de fideicomm. (2. 23), gegen die Publicanen, Tacit. ann. XIII. 51.; über Honorare wegen geleisteter Dienste und Aehnliches, fr. 1. 4. D. de extr. cognit. (50. 13). Eine jedoch keineswegs überall sichere Aufzählung geben Keller §. 81., Rudorff II. §. 59. Note 8. §. 60.

11) Dieses liegt in der Natur der Verhältnisse und ist auch die Ansicht von Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 2., Keller §. 81. Anderer Meinung ist Rudorff II. §. 1. Anmerk., wonach auch bei extraordinariae cognitiones eine iudicis datio habe vorkommen können. Er beruft sich erstens auf den Ausdruck extraordinarium „iudicium" im fr. 17. D. de reb. cred. (12. 1). Allein iudicium bildet nicht nothwendig den Gegensatz von dem in iure, sondern bezeichnet in unzähligen Stellen das Gericht überhaupt. Zweitens citirt er Gellius XII. 13. Quum Romae a consulibus iudex extra ordinem datus essem. Allein dieses braucht sich nicht nothwendig auf eine extraordinaria cognitio zu beziehen, sondern kann darauf gehen, dass in der Art der Bestellung etwas Besonderes vorgefallen war. Oder wenn auch jenes der Fall wäre, so war der iudex extra ordinem datus eben nicht mehr der der alten Art, sondern ein solcher, wovon gleich weiter oben die Rede ist.

12) Gaius II. 279., Theophil. III. 12. pr.

13) Fr. 47. §. 1. D. de negot. gest. (3. 5), Ulpian. XXV. 12., Gaius II. 278.

übergieng[14]). In den Provinzen geschah es, als dieselben kleiner gemacht, stehende Residenzen eingeführt und die conventus abgeschafft worden waren[15]). Die Statthalter mussten nun Alles selbst entscheiden; nur für ganz geringe Sachen wurde ihnen gestattet, iudices pedanei als stehende Commissarien einzusetzen[16]), die aber darin ohne formula unmittelbar selbst richteten. Das Verfahren war also nun in allen Fällen ein ausserordentliches[17]). Drittens kam eine neue Art von Bestellung eines iudex auf. Zuerst geschah dieses beim Kaiser, welcher insgemein, wo er ausserordentlich um Entscheidung angegangen war, dazu einen iudex ernannte[18]). Ein Solcher richtete aber ohne eine Formel ganz an des Kaisers Statt. In gleicher Weise wurde auch den Magistraten[19]) und Beamten das Recht beigelegt, in einzelnen Fällen einen iudex der Art zu bestellen, so dem praefectus urbi[20]), den Präfecten des Prätoriums[21]), den Proconsuln[22]) und ihren Legaten[23]), den praesides[24]). So war es auch noch in der späten Kaiserzeit[25]). Es wurden so-

14) Man sehe §. 738.

15) Man sehe §. 387. Note 9. §. 392.

16) C. 2. 5. C. de pedan. iudic. (3. 3). Man sehe §. 738. Note 45. Mit Recht bemerkt Rudorff II. §. 1. Anmerk., aus diesen Stellen könne nicht bewiesen werden, dass der alte ordo iudiciorum durch Diocletian aufgehoben worden. So sagen irrig Bethmann-Hollweg §. 2. 3., Keller §. 1. Note 10. §. 81.

17) §. 8. J. de interd. (4. 15), pr. J. de success. sublat. (3. 12).

18) Capitol. Marc. 10., fr. 1. §. 4. D. a quib. appell. (49. 2), Paul. sent. rec. V. 5 A. §. 1., c. 5. C. de iudic. (3. 1).

19) Fr. 3. D. quis a quo appell. (49. 3).

20) Fr. 12. §. 1. D. de iudic. (5. 1), fr. 1. pr. quis a quo (49. 3).

21) Fr. 1. pr. D. quis a quo (49. 3).

22) Fr. 12. §. 1. D. de iudic. (5. 1).

23) Fr. 12. §. 1. D. de iudic. (5. 1), fr. 12. D. de off. procons. (1. 16).

24) Fr. 8. 9. D. de off. praesid. (1. 18). Man darf diese Stellen nicht auf iudices des alten Stils beziehen.

25) C. 3. C. ubi et apud quem (2. 47), c. 14. 16. 18. C. de iudic. (3. 1), nov. 53. c. 4. pr. Dieses zeigt auch die Aufnahme der obigen Stellen in die Pandekten.

gar von Zeno und Justinian in Constantinopel stehende Richtercollegien eingesetzt, denen man in dem einzelnen Falle die Entscheidung zuwies [26]). Ja die Partheien konnten wie in den alten Zeiten den delegirten judex ohne Weiteres recusiren und selbst einen oder mehrere Schiedsrichter erwählen [27]). Allein solche iudices pedanei, Commissarien und Schiedsmänner wurden nicht wie ehemals an eine Formel gebunden, sondern in der Behandlung der Sache war zwischen ihnen und der wirklichen Obrigkeit kein Unterschied. Zur Hülfeleistung bei der Rechtspflege dienten übrigens den Obrigkeiten auch ihre Assessoren [28]), und solche kamen auch bei den delegirten Richtern vor [29]).

744. In der Procedur fiel bei den extraordinariae cognitiones von selbst alles dasjenige weg, was mit den Gerichtsconventen, der Thätigkeit des iudex und der Instruction desselben durch eine formula zusammenhieng. Aber auch in dem ordentlichen Verfahren traten unstreitig mancherlei Veränderungen ein, die sich jedoch nicht mit Sicherheit unterscheiden lassen [30]). Im Allgemeinen ist anzunehmen, dass auch hier die Einwirkung der Obrigkeit eine stärkere wurde. Seit dem vierten Jahrhundert war nur

---

26) Diese hiessen auch iudices pedanei, nov. 82., c. 6. pr. C. de advoc. div. iud. (2. 8), c. 27. C. de procur. (2. 13), Ioan. Lydus de magistr. III. 65. Man sehe darüber Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 13.

27) Arbitri, c. 14. 16. 18. C. de iudic. (3. 1).

28) Man sehe darüber §. 742.

29) Nov. 60. c. 2. §. 2., nov. 82. c. 1. §. 1.

30) Dieses rührt daher, dass die Fragmente in den Pandekten nicht mehr in ihrem ursprünglichen Sinn, sondern nur in der Bedeutung aufgenommen worden sind, die sie für die Justinianische Zeit haben sollten, wobei dann wohl auch Interpolationen geschahen. Man kann daher nicht mehr unterscheiden, was sich in ihnen etwa nur auf die extraordinariae cognitiones und was sich auf das ordentliche Verfahren bezog. Sehr richtig ist gewiss die Bemerkung von Hartmann Contumacialverfahren S. 135—141., dass häufig Stellen ausschliesslich auf jene bezogen werden, die eine allgemeinere Geltung haben.

noch ein Verfahren ohne iudex in Uebung. Was nun zunächt die Vorladung betrifft, so bestanden dafür unter den Kaisern vier Formen. Erstens die alte in ius vocatio [31]), die aber wohl allmählich ausser Gebrauch kam. Zweitens die Vorladung mit einem vadimonium [32]). Drittens führte Marcus Aurelius ein, dass die Vorladung durch die einfache Denunciation der anzustellenden Klage geschehen konnte [33]). Nach einer Verordnung Constantins musste diese jedoch vor dem Präses einer Provinz oder doch vor einer Behörde, die das Recht der öffentlichen Instrumentirung hatte, geschehen [34]). Diese Form wurde nun unstreitig der allgemeine Gebrauch. Nach einer gesetzlich bestimmten Frist, vom Tage jener Denunciation an gerechnet, begannen die Verhandlungen vor Gericht [35]). Da jedoch auch diese Art der Einleitung noch unnöthige Weitläufigkeiten mit sich führte, so wurden gewisse Klagen davon befreit, so dass die Verhandlung ohne vorhergegangene Denunciation bei dem Richter, den die Sache angieng, unmittelbar eröffnet und ausgeführt wurde [36]). Später kamen die Denunciationen ganz ab [37]). Viertens kam, man weiss nicht wie, eine Vorladung unmittelbar durch das betreffende Gericht selbst in Gebrauch [38]), und dadurch wurden zu-

31) Man sehe §. 728.

32) Dass dieses nooh zulässig war, ergieht sieh aus Paulius ie der Celiat. leg. Mes. II. 6.

33) Aurel. Victor de Caesar. 16. Eiee eigenthümliche Ansicht hat darüher Asverus die Denunciatien der Römer. Leipzig 1843. Dieser wili diese Denunciatien mit der legis actie per cendietienem in Verhlndung bringen.

34) C. 2. C. Th. de denunt. (2. 4). Hartmann Contnmacialverfahren S. 163. meint, schen ver Constantin seien seiche Denunciationen auch dureh die Ohrigkeit gesehehen. Anderer Meinung sind mit Recht Bethmann-Hollweg Geriehtsverf. §. 21., Kelier §. 48., Rudorff II. §. 65.

35) C. 4. C. Th. de dennnt. (2. 4), Symmaeh. epist. X. 52.

36) C. 6. C. Th. de denunt. (2. 4).

37) In Justinians Sammlungen ist daven nicht mehr die Rede.

38) Fr. 1. §. 1. D. de fer. (2. 12), fr. 1. §. 2. 3. D. de insplo.

letzt die anderen Formen verdrängt. Das Verfahren war nun folgendes. Der Process begann mit der gerichtlichen Ueberreichung eines vom Kläger unterzeichneten Libelles, welches als eine kurze Beschreibung des Grundes und Gegenstandes der Klage [39]) dem Beklagten vom Gericht durch einen Executor [40]) nebst einer mündlichen oder schriftlichen Ladung [41]) zugefertigt wurde. Auf diese Handlung wurden nun die Grundsätze des alten Rechts von der Vorladung und der Edition der Klage übertragen [42]). Der Beklagte musste nach einer bestimmten ihm zur Ueberlegung gestatteten Frist ein schriftliches Empfangsbekenntniss ausstellen [43]) und wegen des Erscheinens vor Gericht und der Fortsetzung der Klage Sicherheit thun, gewöhnlich durch Bürgen, nach Umständen aber durch ein blosses eidliches oder gar nur ein einfaches Versprechen [44]). Hingegen für die Erfüllung des Judicates wurde, wenn man in eigenem Namen procedirte, nie mehr cavirt [45]). In Ermanglung einer zureichenden Bürgschaft hatte der Executor für die persönliche Aufbewahrung und Exhibition zu sorgen [46]). Das Uebrige, was zur Einführung der Partheien und zur Vor-

---

ventre (25. 4). Man sehe dazu Hartmann Contumacialverfahren S. 159 —168., welcher jedoch mit Unrecht die vorhin erwähnte Denunciation mit einmischt. Derselbe bemerkt aber S. 137. mit Recht, dass die genannten Stellen nicht ausschliesslich auf die extraordinariae cognitiones bezogen werden dürfen.

39) Consult. vet. Iurisconsult. c. 6., c. 3. C. de ann. except. (7. 40).

40) §. 24. J. de act. (4. 6).

41) C. 17. §. 1. C. de dignit. (12. 1), nov. 123. c. 8.

42) §. 3. J. de poen. temere litig. (4. 16), c. 4. C. de in ius voc. (2. 2).

43) Nov. 53. c. 3., c. un. C. de his qui potent. nom. (2. 15).

44) Nov. 53. praef. c. 3. pr. §. 2., §. 2. J. de satisd. (4. 11), c. 4. §. 1. C. de sportul. (3. 2), c. 17. C. de dignit. (12. 1), c. 25. §. 1. c. 33. §. 3. C. de episc. (1. 3). Darauf bezog sich nun der tit. D. qui satisdare (2. 8).

45) Pr. §. 1. 2. J. de satisdat. (4. 11). Man sehe §. 731.

46) C. 1. C. de sportul. (3. 2). Ausnahmen statuiren c. 6. C. de medic. (10. (52), nov. 134. c. 9., nov. 151. c. 1.

bereitung des Processes diente, gieng einen bestimmten Zweig der Kanzlei an[47]).

745. Im festgesetzten Termine trug der Kläger seine Klage ausführlich vor. Von der Beantragung einer Formel war nicht mehr die Rede, indem die Formeln unter Constantius abgeschafft worden waren[48]). Der Antrag des Klägers gieng also direct darauf, wie der Richter erkennen mögte. Materiell lebten aber die alten Unterscheidungen und Bezeichnungen der Klagen grösstentheils fort; es blieb selbst von der Conception der Formeln eine präparatorische Verhandlung über die Impetration der Klage, bis dass der zweite Theodosius diese aufhob[49]). Gab der Beklagte die Klage unbedingt zu, so traten die Wirkungen der gerichtlichen confessio ein[50]). Widersprach er ihr aber, so galt dieses als der eigentliche Anfang des Streites; daher wurde nun an diesen Moment der Name und die Wirkungen der alten Litiscontestation geknüpft[51]). Der Begriff der Exceptionen, Replicationen und Duplicationen dauerte an sich fort; von der Conception einer Formel war aber dabei nicht mehr die Rede; auch zogen dilatorische Einreden nie mehr den Verlust der Klage nach sich[52]). Die Verhandlungen giengen sô in mündlicher Rede und Gegenrede, die von den Officialen protokollirt wurden[53]), unter der Leitung und beständigen Mitwirkung des Richters auch im Beweisverfahren fort, bis dass die Sache hinreichend

47) C. 7. C. Th. de eff. rect. prov. (1. 16), c. 7. §. 6. C. de advoc. div. iud. (2. 8), nov. 82. c. 7. §. 1. Insbesondere hatte der Ab actis damit zu thun, Ioan. Lydus de magistr. III. 20.

48) C. 1. C. de formul. (2. 58).

49) C. 2. C. de formul. (2. 58).

50) Dieses zeigen der tit. Dig. XLII. 2., Coll. VII. 59.

51) C. un. §. 1. C. Th. de act. certo temp. fin. (4. 14), c. 14. §. 1. C. de iudic. (3. 1). In diesem Sinne wurde die c. un. C. de lit. const. (3. 9) interpolirt. Man sehe §. 720 Note 1.

52) §. 10. J. de except. (4. 13).

53) Ioan. Lydus de magistr. III. 20. 27., c. 32. §. 2. C. de appell. (7. 62).

instruirt war[54]). Die denominirten Zeugen wurden von den Officialen vorgeladen[55]), und nach Constantins Verordnung vor dem Verhör vereidet[56]), dann in Gegenwart beider Theile vernommen[57]), ihre Aussagen niedergeschrieben[58]), und das Protocoll den Partheien mitgetheilt[59]). Bei Urkunden kam alles hauptsächlich auf den Beweis ihrer Aechtheit an, der zunächst durch die Recognition derjenigen Personen geführt wurde, die dabei mitgewirkt hatten[60]). Zur Beglaubigung diente gewöhnlich die Unterschrift von sieben Zeugen[61]). Später brauchte man zur Abfassung von Urkunden die Tabellionen, welche zu diesem Zwecke in den Städten Stationen auf dem öffentlichen Markte hatten[62]).

746. Hinsichtlich des Urtheils war jetzt bei Strafe der Nullität geboten, dass es niedergeschrieben und vom Papier recitirt werden musste[63]). Hierauf wurde es in das Gerichtsbuch eingetragen, vom Richter unterschrieben und den Partheien eine Reinschrift nebst einem Auszuge der Acten zugefertigt[64]). Im Orient war den Provinzialstatthaltern die Abfassung in griechischer Sprache seit Arcadius gestattet[65]).

54) C. 1. C. Th. de iudic. (2. 18).

55) Symmach. epist. X. 48.

56) C. 9. pr. C. de testib. (4. 20). Ueber das frühere Recht sehe man §. 731.

57) C. 19. C. de testib. (4. 20), c. 18. C. de fide instrum. (4. 21), nov. 90. c. 9.

58) C. 20. C. de testib. (4. 20), nov. 90. c. 3. 5. 6.

59) Nov. 90. c. 4.

60) Man sehe Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 24.

61) Mommsen de collegiis p. 105., Huschke in Savigny Zeitschr. XII. 194., Mommsen über die Subscription und Edition der Rechtsurkunden (Berichte der Sächs. Gesellsch. der Wissensch. 1851. S. 372—383).

62) C. 17. C. de fide instrum. (4. 21), nov. 44., nov. 73. c. 2. 5. (7. 8). Man sehe Bethmann-Hollweg §. 17.

63) C. 2. 3. C. de sentent. ex peric. recit. (7. 44), c. 1. 2. 3. C. Th. de sentent. ex peric. recit. (4. 17).

64) Ioan. Lydus de magistr. III. 11.

65) C. 12. C. de sentent. et interloc. (7. 45).

In Constantinopel erlosch aber der Gebrauch der Lateinischen erst unter Justinian[66]). Das Urtheil musste nicht mehr nothwendig auf Geld, sondern konnte, wenn es sich um eine Sache handelte, auf diese selbst gehen[67]). Dass aber vorher ein gütlicher Spruch statt fand, war damit noch vereinbar; daher dauerte der Unterschied der arbitrariae actiones fort[68]). In schwierigen Fällen durfte sich der Richter statt selbst zu sprechen an den Kaiser um Entscheidung wenden[69]). Er hatte dann nach dem Schluss der Verhandlungen die Acten nebst seiner Relation oder Consultation und den Refutationsschriften der Partheien durch einen seiner Officialen einzusenden[70]). Die Entscheidung wurde einer aus dem Quästor des Pallastes und zwei anderen illustren Personen bestehenden Commission übertragen[71]), und dem Richter in Form eines kaiserlichen Rescriptes zugefertigt. Später hat aber Justinian solche Consultationen ganz untersagt[72]).

747. Für den Fall, dass der Beklagte nicht erschien, bildete sich, man weis nicht wie und wann, ein milderes Verfahren[73]). Er wurde auf den Antrag des Klägers vom Gericht mündlich oder durch schriftliche Denuntiationen oder durch öffentlich ausgehängte Edicte dreimal in Zwischenräumen von nicht weniger als zehn Tagen vorgeladen, das viertemal ihm peremtorisch mit der Fortsetzung

66) Ioan. Lydus de magistr. II. 12. III. 11. 20. 42.

67) §. 32. J. de act. (4. 6), c. 17. C. de fideic. libert. (7. 4).

68) Man sehe §. 724.

69) C. 1. C. Th. de relat. (11. 29), c. 55. C. Th. de appell. (11. 30). Man sehe §. 737. 739.

70) C. 5. C. Th. de relat. (11. 29), c. 1. 8. 24. 29. 31. C. Th. de appell. (11. 30), c. 1. C. J. de relat. (7. 61), nov. 82. c. 14. Beispiele geben Symmach. epist. II. 30. X. 39. 50.

71) C. 34. C. de appell. (7. 62).

72) Nov. 125.

73) Davon handelt Hartmann Contumacialverfahren S. 123—172. Dieser widerlegt die gewöhnliche Meinung, als ob dieses neue Verfahren blos für die extraordinariae cognitiones eingeführt worden sei. Ihm folgen Keller §. 69., Rudorff II. §. 94.

des Processes gedroht, dann aber gegen ihn nicht wie ehemals als gegen einen Condemnirten verfahren, sondern die Sache erst nach dem Vorbringen des Klägers vom Richter unpartheiisch untersucht, das Urtheil gesprochen, und, wenn es gegen den Abwesenden ausfiel, durch gewöhnliche Pfändung vollstreckt [74]). So wurde verfahren, wenn der Beklagte sich zur Abwehr der Ladung verborgen gehalten [75]), oder sich nach der Ladung ohngeachtet der geleisteten Sicherheit zur Einlassung nicht gestellt [76]), oder sich der Fortsetzung des Processes entzogen hatte [77]).

748. Anstatt des gewöhnlichen Processganges war es aber erlaubt sich mit der Klage unmittelbar an den Kaiser zu wenden. Dieses geschah durch ein Supplicationslibell [78]), an dessen Ueberreichung schon die Wirkungen der Litiscontestation geknüpft waren [79]). Der Kaiser untersuchte aber meistens die Sache nicht selbst, sondern wies den Kläger durch ein vom Quästor entworfenes und von ihm unterzeichnetes Rescript [80]) an den ordentlichen oder einen delegirten Richter. Dieses Rescript hatte der Kläger mit dem Libell dem Richter, und dieser Beides dem Gegner mitzutheilen [81]). So lange die Litisdenunciation im Gebrauche war [82]), vertrat in Beziehung auf die davon abhängende

---

74) Paul. sent. rec. V. 5 A. §. 7., fr. 68—73. 75. D. de iudic. (5. 1), fr. 26. §. 9. D. de fideicomm. libert. (49. 5), c. 1. 2. 7. 8. 9. C. quomodo et quando iudex (7. 43).

75) C. 1. C. quor. appell. (7. 65), c. 9. C. de bon. auct. iud. possid. (7. 72).

76) C. 1. C. quor. appell. (7. 65), nov. 53. c. 4. §. 1., nov. 69. c. 3. pr.

77) C. 13. §. 3. C. de iudic. (3. 1).

78) C. 8. C. de precib. imperat. offer. (1. 19).

79) C. 10. C. Th. de divers. rescr. (1. 2), c. 1. C. quando libell. (1. 20).

80) C. 6. 7. C. de divers. rescr. (1. 23).

81) C. 2. C. Th. unde vi (4. 22), c. un. §. 1. C. Th. de act. certo temp. (4. 14), nov. 112. c. 3. pr.

82) Man sehe oben Note 33. 37.

Frist die Edition des Rescripts deren Stelle [83]). Das Uebrige gieng in der gewöhnlichen Weise fort.

749. Eine alle Theile eines Processes berührende Veränderung war endlich die Einführung von Sporteln für die Officialen. Constantin hatte zwar diesen wohl seit alten Zeiten in den Provinzen bestandenen Missbrauch scharf untersagt [84]); allein seit dem fünften Jahrhundert musste man sich begnügen, grösseren Willkührlichkeiten durch bestimmte Taxen ein Ziel zu setzen. Es gab nun gesetzliche Sporteln für die Insinuation und Ladung [85]), für die Eröffnung der Verhandlungen, für die Abfassung und Mittheilung der Acten [86]), für die iudices pedanei [87]), und Anderes. Doch hatten gewisse Personen das Privilegium, dass sie gar nichts [88]) oder weniger zahlten [89]); und dieses kam dann auch ihrem Gegner zu Statten [90]). Auch sollte bei geringfügigen Sachen [91]) und bei Klagen gegen Geistliche im geistlichen Gericht [92]), hauptsächlich zur Ersparung der Kanzleigebühren, ohne Schrift mit blos mündlichen Ladungen und einer nur summarischen Adnotation der Verhandlungen und des Urtheils procedirt werden.

83) C. 4. 5. C. Th. de denunt. (2. 4). Symmach. epist. X. 39.

84) C. 7. C. Th. de off. rect. prov. (1. 16).

85) Theophil. IV. 6. §. 24., c. 29. §. 1. 3. C. de episc. aud. (1. 4).

86) C. 12. §. 1. C. de proxim. (12. 19), c. 4. C. de castrens. (12. 26).

87) Nov. 82. c. 7. 9.

88) C. 7. §. 6. C. de advoc. div. iud. (2. 8). nov. 123. c. 28.

89) C. 25. §. 2. c. 33. §. 5. C. de episc. (1. 3). Man sehe auch Note 86.

90) C. 6. C. de fruct. (7. 51), c. 12. §. 4. C. de proxim. (12. 19).

91) C. 3. §. 4. C. de privil. schol. (12. 30), nov. 17. c. 3., nov. 28. c. 3., nov. 82. c. 5., Ioan. Lydus de magistr. III. 15.

92) Nov. 83. praef. pr.

Zehntes Kapitel.

Von der Execution.

750. Wenn das Urtheil gesprochen war, so war die Thätigkeit des iudex beendigt. Die Betreibung der Execution bildete einen neuen Abschnitt, welcher vor den mit imperium bekleideten Magistrat gehörte. Nach dem Rechte der zwölf Tafeln hatte der Verurtheilte zur Erfüllung eine Frist von dreissig Tagen[1]). Dann konnte ihn der Gegner vor Gericht bringen und die legis actio per manus iniectionem anstellen. Die Wirkung davon war, dass wenn nicht ein vermögender Mann als vindex für ihn einstand, er ohne Weiteres vom Kläger heimgeführt und in Fesseln gelegt werden konnte[2]), welches letztere die lex Pötelia (429) etwas milderte[3]). Sechzig Tage wurde er so aufbewahrt und während derselben sein Name und der Betrag der Schuld an drei Markttagen öffentlich ausgerufen. Blieb dieses ohne Erfolg, so konnte er getödtet oder in die Fremde verkauft werden[4]). Dieses Verfahren galt nicht blos bei Geldschulden, sondern bei allen Arten von Urtheilen[5]); also auch wenn auf die Herausgabe einer Sache oder auf eine andere persönliche Leistung condemnirt war[6]). Durch diese dem Kläger gegen die Person zustehenden

1) Gellius XV. 13. XX. 1.

2) Gellius XX. 1., Gaius IV. 21. 25.

3) Man sehe eben §. 616. Gut handelt davon Bachofen Nexum S. 104.

4) Gellius XX. 1.

5) Rebusque iure iudicatis, Gellius XX. 1. Eine ganz andere Ansicht haben freilich Savigny (§. 616. Note 17), Mayer ad Caji Institut. p. 24. Allein man sehe dagegen Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 28. 29., Puchta Institutionen II. §. 179., Bachofen Nexum S. 129—138.

6) Gaius IV. 48.

Zwangsmittel wurde eine vom Magistrate ausgehende Execution gegen das Vermögen überflüssig, und wenn derselbe auch das mit seinem imperium verbundene Pfändungsrecht dazu hätte anwenden können, so kam dieses doch wohl in der alten Zeit nicht vor [7]).

751. Der Grundsatz, die Execution durch den Kläger besorgen zu lassen, blieb auch im prätorischen Recht; jedoch wurde ihm möglich gemacht, statt der Person direct das Vermögen anzugreifen [8]). Er konnte nämlich, wenn der Andere dem Urtheil binnen der gesetzlichen Frist [9]) nicht gehorchte, vom Magistrate [10]) ein Decret nachsuchen, welches ihn, nöthigenfalls mit Hülfe der Gerichtsdiener [11]), in die gesammte Habe des Schuldners einwies [12]), und er erhielt dadurch einen durch ein besonderes Interdict beschützten [13]) Mitsitz im Vermögen zum Zwecke der Bewahrung [14]), ein prätorisches Pfandrecht [15]), und die Befugniss

7) Dieses ist ein Mittelweg zwischen Savigny (Zeitschr. XI. 66—68., Verm. Schriften III. 394—396), Bethmann-Hollweg §. 30. Ersterer behauptet die wirkliche Anwendung dieses Executionsmittels schon in der alten Zeit; Letzterer läugnet die Möglichkeit dazu.

8) Nach dem bei Livius II. 24. vorkommenden Edict scheint dieses schon in der ältesten Zeit gestattet gewesen zu sein. Allein dieses bezog sich blos auf die nexi, bei denen, während sie im Felde waren, der Verfalltag kommen würde; es schützte sie, dass dann ihre Gläubiger nicht zugreifen durften. Eine andere Darstellung haben Puchta Institutionen II. §. 179., Rudorff II. §. 89. Note 25.

9) Gaius III. 78., fr. 2. 4. §. 5. fr. 7. 29. 31. D. de re iud. (42. 1).

10) Fr. 15. pr. §. 1. D. de re iud. (42. 1). Dieses Recht hatten jedoch die Municipalmagistrate nicht, sondern in Italien nur der Prätor, in den Provinzen die Statthalter, Lex Rubria c. 21. 22., fr. 26. D. ad munic. (50. 1), fr. 4. D. de iurisd. (2. 2).

11) Fr. 3. pr. D. ne vis viat. (43. 4), fr. 5. §. 27. D. ut in poss. legat. (36. 4).

12) Missio in possessionem rei servandae causa, fr. 1. D. quib. ex caus. in poss. eatur (42. 4). Das Decret galt auch für die Grundstücke, die in einer andern Provinz lagen, Cicero pro Quint. 6. 7. 25.

13) Fr. 1. pr. §. 1. 2. D. ne vis fiat ei (43. 4).

14) Cicero pro Quint. 27., fr. 3. §. 23. fr. 10. §. 1. D. de acquir. possess. (41. 2), fr. 5. pr. D. ut in possess. legat. (36. 4).

die Sachen in der unten zu beschreibenden Form zum Verkaufe zu bringen[16]). Jene Nachsuchung geschah zwar nicht in der alten Form der manus iniectio, sondern durch eine gewöhnliche auf die aus dem Judicate entspringende Obligation gerichtete actio[17]); jedoch war dawider wie ehemals nur eine sehr beschränkte Vertheidigung[18]), und diese nur gegen Caution gestattet[19]); auch zog das Abläugnen des Judicates die Strafe des Doppelten nach sich[20]). Jene Execution durch Immission traf auch den, der abwesend war, oder sich verborgen hielt, oder das vadimonium versäumte, oder vor dem Prätor zu antworten verweigerte[21]).

752. Unter den Kaisern kam endlich, wahrscheinlich zuerst bei den ausserordentlichen Cognitionen, ein direct vom Magistrate geleitetes Executionsverfahren auf. Er konnte nämlich bei Geldforderungen nach Ablauf der gesetzten Frist[22]) einzelne Vermögensstücke des verurtheilten Schuldners[23]) durch den Gerichtsdiener als Pfänder[24]) für den Gläubiger in Beschlag nehmen, und wenn sie jener binnen zwei Monaten nicht auslöste, verkaufen lassen[25]), oder

---

15) Fr. 26. D. de pign. act. (13. 7), fr. 35. D. de reb. auth. iud. (42. 5).

16) Fr. 6. §. 1. 2. fr. 14. §. 2. D. quib. ex caus. (42. 4). Davon handelt: H. Dernburg Ueber die emtio bonorum. Heidelberg 1850. Er hat jedoch über das Contumacialverfahren irrige Ansichten, die Hartmann widerlegt hat.

17) Fr. 3. §. 11. D. de pecul. (15. 1), fr. 1. pr. D. quae sentent. (49. 8).

18) Fr. 56. D. de re iud. (42. 1), fr. 75. D. de iudic. (5. 1), fr. 28. §. 8. D. de iureiur. (12. 2).

19) Gaius IV. 25. 102.

20) Gaius IV. 9. 171., Paul. sent. rec. I. 19. §. 1., Cicero pro Flacco 21.

21) Man sehe §. 728. 730.

22) Fr. 31. D. de re iud. (42. 1), c. 9. C. de exec. rei iud. (7. 53).

23) Fr. 15. pr. §. 1. 2. 8. D. de re iud. (42. 1).

24) Fr. 10. D. qui potior. (20. 4), c. 1. C. si in causa iud. (8. 23).

25) Fr. 31. D. de re iud. (42. 1), fr. 50. D. de evict. (21. 2), c. 2. C. si in causa iud. (8. 23).

auch, wenn sich kein Käufer fand, dem Gläubiger selbst gegen eine Taxe zuschlagen[26]). Ferner wurde nun in den Fällen, wo der richterliche Spruch auf die Herausgabe einer Sache lautete, die Wegnahme derselben durch die Gerichtsvollzieher gestattet[27]). Doch blieb auch, wahrscheinlich nach der Wahl des Gläubigers, das alte Executivverfahren durch Immission zulässig, und es wurde selbst das daraus entstehende prätorische Pfandrecht durch Justinian besonders verstärkt[28]). Nur die Aenderung fand statt, dass ein einzelner Gläubiger nicht mehr die Einweisung in die ganze Habe, sondern nur in einzelne Stücke, so weit zu seiner Befriedigung nöthig war, erhielt[29]). Zu dieser Execution konnte es auch gegen den, der sich zur Vertheidigung nicht gestellt hatte, kommen; allein nicht wie ehemals als unmittelbare Folge der contumacia, sondern nur wenn der Process in seiner Abwesenheit fortgesetzt worden und das Urtheil gegen ihn ausgefallen war[30]). Die Ausführung der zur Execution nöthigen Schritte gieng lediglich das Officium an, an welches man sich deshalb zu wenden hatte[31]). Um übrigens den Verurtheilten zur freiwilligen Erfüllung anzutreiben, verordnete Theodosius (380), dass er, wenn er binnen zwei Monaten nicht gezahlt hätte, auf vier und zwanzig Procent Zinsen vom Tage des Urtheils an belangt werden könnte[32]). Justinian hat aber auch jene zwei Monate auf vier erweitert und die vier und zwanzig Procent auf zwölf herabgesetzt[33]).

753. Neben dieser gegen das Vermögen gerichteten Execution blieb aber auch der persönliche Zwang durch

26) Fr. 15. §. 3. 6. D. de re iudic. (42. 1), c. 3. C. si in causa iud. (8. 23).
27) Fr. 68. D. de rei vind. (6. 1). Man vergleiche §. 724. Note 12.
28) C. 2. C. de praet. pign. (8. 22).
29) C. 6. §. 3. 4. C. de his qui ad eccles. (1. 12), nov. 53. c. 4. §. 1.
30) Man sehe §. 747.
31) Ioan. Lydus de magistr. III. 11. 12.
32) C. un. C. Th. de usur. rei iudic. (4. 19).
33) C. 2. 3. C. de usur. rei iudic. (7. 54).

addictio in die Schuldknechtschaft zulässig, in Italien[34]) wie in den Provinzen[35]), auch unter den Kaisern[36]), bis in die letzten Zeiten[37]); nicht blos bei einer baaren Geldschuld, sondern auch in anderen Fällen. Nur der Unterschied fand statt, dass Municipalmagistrate, gleichwie auf Immission ins Vermögen gar nicht, so auf Heimführung in die Schuldknechtschaft nur bei baaren Geldschulden unter einer gewissen Höhe erkennen durften[38]). So lange die legis Actionen im Gebrauche waren, wurde jene Execution auch noch in der Form der manus iniectio eingeleitet[39]); später mit einer einfachen Klage aus dem Iudicate. Der Zustand der adjudicirten Schuldner war aber jetzt wesentlich gemildert. Sie wurden nicht mehr wirkliche Knechte[40]), sondern nur gezwungene Arbeiter zur Abverdienung der Schuld mit Vorbehalt der Rechte der Ingenuität[41]); auch war die Einsperrung in Privatkerker[42]) und Ausdehnung des Arbeitzwangs auf die Kinder untersagt[43]). Uebrigens standen persönliche Zwangsmittel und zwar sehr strenge auch dem Fiscus gegen seine Schulder zu[44]); nur

34) Dionys. fragm. ed. Reisk. T. IV. p. 2338., Livius XXIII. 14., Lex Rubria c. 21. 22.

35) Plutarch. Lucull. 20., Cicero pro Flacco 20. 21. In Aegypten war jedoch körperlicher Zwang in Schuldsachen von Alters her untersagt, Diodor. I. 79., und dieses Vorrecht wurde auch dem Lande durch eine kaiserliche Constitution, wie das Edict des Tiberius Alexander bezeugt, gelassen.

36) Seneca de benef. III. 8., Gellius XX. 1., Paul. sent. rec. V. 26. §. 2., fr. 34. D. de re ind. (42. 1), c. 1. C. qui bon. ced. (7. 71).

37) C. 8. C. qui bonis (7. 21), nov. 135. c. 1.

38) Lex Rubria c. 21. 22. Man vergleiche Note 10.

39) Gaius IV. 25.

40) Gaius III. 189. 199.

41) Man sehe §. 509.

42) C. 1. C. de privat. carc. (9. 5), c. 23. C. de episc. aud. (1. 4). Daraus folgt aber nicht, dass die Personalexecution in den letzten Zeiten blos in öffentlichem Schuldgefängniss bestanden habe.

43) C. 12. C. de obl. et act. (4. 10), nov. 134. c. 7.

44) Fr. 9. §. 6. D. ad l. Iul. pecul. (48. 13), c. 1. C. Th. qui bon. (4. 20), c. 4. C. Th. de fisci debit. (10. 16).

in Ansehung der Steuerschulden waren Milderungen gemacht[45]).

754. Waren der Gläubiger mehrere, so konnten sie nach dem Rechte der zwölf Tafeln den ihnen addicirten Schuldner in Stücke schneiden; eine buchstäbliche Bestimmung, deren wirkliche Ausführung nie vorkam[46]). Nach dem Edicte war das Verfahren, wenn Mehrere die Immission nachgesucht hatten, dasselbe wie bei Einem. Es wurde nämlich das Vermögen dreissig, oder wenn der Schuldner verstorben war, fünfzehn Tage besessen[47]), und während derselben durch Anschläge (libelli) an den besuchtesten Plätzen der Stadt öffentlich feilgeboten[48]). Dieses galt zugleich als Aufforderung an die übrigen Creditoren sich anzuschliessen[49]). Innerhalb dieser Frist konnte noch der Schuldner oder ein Anderer für ihn durch das Anerbieten der Zahlung oder der nachträglichen Vertheidigung die Immission rückgängig machen; jedoch nur gegen Bürgschaft[50]). Nach Ablauf der Zeit erwählten aber die Gläubiger aus ihrer Mitte einen magister, welcher nach einer zweiten Frist[51]) das Vermögen demjenigen addicirte, welcher den Creditoren die meisten Procente geboten hatte[52]). Bei gleichem Angebot hatte ein Gläubiger, dann der Cognate des Schuldners den Vorzug[53]). Verzögerte sich der Verkauf oder war es im Interesse der Masse nothwendig, so wurde von den Gläubigern in Uebereinkunft mit dem

45) C. 3. 7. C. Th. de exact. (11. 7).

46) Gellius XX. 1., Dio Cass. exc. Mai. 12., Quintil. Inst. orat. III. 6. §. 84., Tertull. Apol. 4. Ganz verfehlt ist es, wenn man hier das in partes secare vom Vermögen verstehen will. So wieder Huschke Nexum S. 81 — 93. Man sehe aber dagegen Rudorff zu Puchta II. §. 179. Note n.

47) Gaius III. 79.

48) Cicero pro Quint. 6. 15. 19., Seneca de benef. IV. 12.

49) Cicero pro Quint. 23., fr. 12. pr. D. de reb. auth. iud. (42. 5).

50) Seneca de benef. IV. 12., fr. 33. §. 1. D. de reb. auth. iud. (42. 5).

51) Gaius III. 79., Cicero pro Quint. 15., ad Att. I. 1. VI. 1, 12.

52) Theophil. III. 12. pr.

53) Fr. 16. D. de reb. auth. iud. (42. 5).

Prätor ein Curator ernannt[54]). Aus betrüglichen Veräusserungen vor und während der Immission entstand die actio Pauliana auf Ersatz und das interdictum fraudatorium auf Restitution [55]); jene gieng selbst gegen den Schuldner, wiewohl sie gegen diesen nur Personalexecution bewirken konnte [56]). Der Käufer succedirte in das Vermögen als in eine universitas [57]), jedoch nur nach prätorischem Recht [58]); er erlangte, um sich den Besitz der Sachen zu verschaffen, ein eigenes Interdict [59]); übrigens aber blos ein prätorisches Eigenthum [60]), und die Forderungen und Schulden giengen nicht direct, sondern in der Einkleidung der Rutilianischen oder Servianischen Klage auf ihn über [61]). Der Schuldner blieb daher der Strenge nach gebunden, und konnte noch wegen des Fehlenden, wenn er wieder zu Vermögen kam, eingeklagt werden [62]). In Beziehung auf seine Person hatte die Immission und das Feilbieten des Vermögens die Infamie zur Folge [63]). Diese traf selbst nach dem Tode, wenn über einen Nachlass der Concurs eröffnet wurde; sie konnte aber vom Verstorbenen durch die Erbeinsetzung eines Knechts abgewendet werden, auf dessen Namen der Verkauf geschah [64]). Eine andere Wirkung war, dass wer die Immission erlitten, in jeder Klage,

54) Fr. 2. pr. §. 1. D. de curat. bon. dande (42. 7), fr. 6. §. 2. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4), fr. 14. pr. D. de reb. auth. iud. (42. 5).

55) Fr. 1. pr. fr. 10. pr. D. quae in fraud. credit. (42. 8), §. 6. J. de act. (4. 6).

56) Fr. 25. §. 7. D. quae in fraud. credit. (42. 8), c. 6. C. de revoc. (7. 57).

57) Gaius II. 98. III. 77.

58) Theophil. III. 12. pr.

59) Interdictum possessorium, Gaius IV. 145.

60) Gaius III. 80.

61) Gaius III. 81. IV. 35. 111., Theophil. III. 12. pr.

62) Gaius II. 155.

63) Lex Iulia municip. lin. 41 — 43 (Haubold monum. p. 124), Tertull. Apol. 4.

64) Gaius II. 154., §. 1. J. qui manum. (1. 6), c. 3. C. Th. de inoff. test. (2. 19).

womit er ferner belangt wurde, wegen Erfüllung des Judicates caviren musste[65]).

755. Unter den Kaisern wurde das Recht gemildert. Zuerst durch die lex Julia[66]) des Cäsar[67]) oder Augustus, welche dem Schuldner eine freiwillige Cession seines Vermögens an seine Gläubiger gestattete. Der Verkauf geschah zwar hier nach denselben Grundsätzen wie bei einer Immission[68]); auch wurde der Schuldner nicht unbedingt frei[69]); allein er blieb von persönlichen Zwangsmitteln[70]) und von der Infamie verschont[71]). Diese ursprünglich blos den Bürgern gegebene Rechtswohlthat wurde durch kaiserliche Constitutionen auch auf die Provinzen ausgedehnt[72]). Ferner erlaubte ein Senatusconsult als eine anständigere Form, dass bei Personen senatorischen Ranges, wenn die Creditoren wollten, der Verkauf im Einzelnen durch einen vom Magistrate ernannten Curator besorgt wurde[73]).

756. In der späteren Kaiserzeit wurde aber das Verfahren anders[74]). Die Immission der auf Zahlung dringenden Gläubiger machte zwar wie bisher den Anfang. Allein die Masse wurde nun nicht mehr von einem magister als Ganzes an denjenigen verkauft, der die meisten Procente geboten hatte[75]); sondern die Sachen wurden einzeln durch den von den Creditoren erwählten Curator verkauft, der

65) Gaius IV. 102., Cicero pro Quint. 8.

66) Gaius III. 78., c. 4. C. qui bonis cedere (7. 71).

67) Jenem Gegenstande verwandte Gesetze von ihm werden erwähnt, Caesar de bell. civ. III. 1., Sueton. Iul. Caes. 42., Tacit. ann. VI. 16., Dio Cass. LVIII. 21.

68) Gaius III. 78—81., fr. 3. 5. D. de cess. bon. (42. 2).

69) Fr. 4. 6. 7. D. de cess. bon. (42. 3), c. 1. C. qui bonis (7. 71).

70) C. 1. C. qui bonis (7. 71). Eine Ausnahme galt jedoch bei den Schuldnern des Fiscus, c. 1. C. Th. qui bonis (4. 20), c. 4. C. Th. de fisci debit. (10. 16).

71) C. 11. C. ex quib. caus. infam. (2. 12).

72) C. 4. C. qui bonis (7. 71).

73) Fr. 5. 9. D. de curat. fur. (27. 10), fr. 4. 5. D. de curat. (42. 5).

74) Man sehe Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 31.

75) Pr. J. de success. sublat. (3. 12), Theophil. III. 12. pr

Ertrag unter sie nach Verhältniss ihrer Forderungen vertheilt, und der Ueberschuss vom Richter für die noch später sich Meldenden zurückgelegt[76].

757. Dem Privatconcurse nahe verwandt war die sectio, wenn ein Vermögen als Ganzes[77]) von Staatswegen[78]) verkauft wurde, was namentlich in Folge einer Damnation und Proscription[79]) und zur Verfolgung der Vermögensansprüche des Staates aus unerlaubten Handlungen geschah[80]). Der Prätor wies hier die Quästoren in den Besitz[81]), und diese verkauften das Ganze an den Meistbietenden[82]). Der Käufer oder sector erwarb, weil dieser Verkauf von Staatswegen unter der hasta geschah[83]), das quiritische Eigenthum[84]) und zur Erlangung des Besitzes ein eigenes Interdict[85]), musste aber auch die auf dem Vermögen haftenden Schulden übernehmen[86]). Der Verkauf einer dem Fiscus zugefallenen Erbschaft geschah nach demselben Grundsatze[87]). Merkwürdig ist, dass ein solcher Käufer die Erbschaftsklage erwarb[88]). Zu den alterthümlichen Ge-

---

76) C. 10. §. 1. C. de bon. autor. iudic. (7. 72), §. 1. J. de necess. hered. (2. 19).

77) Darin liegt der Unterschied von der Auction, die auch von Staatswegen aber an einzelnen Sachen geschah.

78) Publice, Gellius III. 154.

79) Cicero pro Rosc. Amer. 43.

80) Livius XXXVIII. 58. 60., Cicero pro Rabir. 4.

81) Livius XXXVIII. 60., Cicero in Verr. II. 1, 20. Daher der Ausdruck bona publice possideri in den Fragm. l. Aeil. repetund. lin. 9 (Hauboid monum. p. 75), Fragm. l. Servil. c. 17.

82) (Ascon.) in Verr. II. 1, 20. 23. p. 172. 177 Orell., Schol. Gronov. in Verr. II. 1, 20. p. 403 Orell., Cicero pro Rosc. Amer. 8.

83) Cicero Philipp. II. 26., Festus v. hastae.

84) Varro de re rust. II. 10. Darauf zielt das interdum bei Gaius III. 80.

85) Interdictum sectorium, Gaius IV. 146.

86) (Ascon.) in Verr. II. 1, 23. p. 177 Orell., fr. 2. 3. D. de sentent. pass. (48. 23).

87) C. 1. C. de hered. vend. (4. 39).

88) Fr. 54. pr. D. de hered. pet. (5. 3).

bräuchen bei den Staatsverkäufen gehörte das Ausbieten der Habe des Porsenna[89]).

758. Ein analoges Verfahren trat ein, wenn der Staat oder eine Stadtgemeinde eine Forderung gegen die dafür bestellten Bürgen (praedes) und verpfändeten Grundstücke (praedia)[90]) zu verfolgen genöthigt war[91]). Dann wurde dieselbe mit den daran hängenden Bürgen und Pfändern unter den gewöhnlichen durch die lex praediatoria vorgezeichneten Bedingungen verkauft, in welchem Falle der Ankäufer praediator hiess[92]). Fand sich ein Ankäufer unter diesen Bedingungen nicht, die also für die praedes schonender gewesen sein müssen, so geschah der Verkauf auf jede Bedingung hin (in vacuum).

Elftes Kapitel.

Von den Rechtsmitteln.

759. Unter der Republik konnten gegen eine richterliche Handlung des Prätors von der Conception der Formel[1]) bis zur Execution[2]), wie gegen jede Amtshandlung eines Magistrates, wodurch man sich verletzt glaubte, die Hülfe des anderen Prätors[3]), eines Consuls[4]) oder des

89) Livius II. 14., Dionys. V. 34.

90) Man sehe oben §. 620.

91) Eine neue Quelle dafür ist die Lex municip. Malac. c. 63. 64. 65. Man vergleiche dazu Mommsen Stadtrechte von Salpensa S. 466—480., Rudorff II. §. 93., Rein Privatrecht S. 364.

92) Gaius II. 61.

1) Cicero pro Tullio 38.

2) Livius VI. 27. XXXVIII. 60., Gellius VII. 19., Cicero pro Quint. 7. 20. 21.

3) Caesar de bello civ. III. 20., Cicero in Verr. II. 1, 46. ibiq. (Ascon.) p. 192 Orell.

4) Valer. Max. VII. 7. §. 6.

Collegiums der Tribunen [5]) angerufen und dadurch deren Ausführung gehemmt werden. Nach dem Untergang des Freistaates führte dieses von selbst auf die Appellationen an den Princeps hin [6]). Die Anhäufung derselben nöthigte ihn aber bald sie Anderen zu delegiren, namentlich dem Präfecten der Stadt [7]) und wohl auch denen des Prätoriums [8]). So entstand allmählig ein regelmässiger Gang. In Rom lief nun die Appellation von den Magistraten der Stadt an den Stadtpräfecten und von da an den Kaiser [9]), in Italien von den Municipalmagistraten an den Prätor oder die Correctoren, in den Provinzen von den Obrigkeiten der Municipien und Colonien [10]) und denen der freien Städte [11]) an die Statthalter. Ferner von den Legaten, wenn diese gesprochen hatten, an den Proconsul [12]), von diesem an den Kaiser [13]). Zuweilen wurde dann von diesem der Senat als iudex bestellt [14]), oder diesem solche Appellationen ein für allemal zugewiesen [15]). Von einem gegebenen iudex wurde an denjenigen, der ihn gegeben hatte, appellirt [16]).

760. Nach der neuen Verfassung seit Constantin war das Verhältniss der Instanzen folgendes. In den beiden

5) Man sehe Note 2.

6) Man sehe §. 275. Note 89. 92.

7) Sueton. Octav. 33.

8) Denn diese erscheinen als Richter auch in Civilsachen fr. 40. D. de reb. crod. (12. 1), und hatten ein eigenes Gericht, Herodian. VII. 6., Dio Cass. LII. 33.

9) Sueton. Octav. 33., Dio Cass. LII. 21. 33., fr. 38. D. de minor. (4. 4).

10) Darauf geht fr. 21. pr. D. de appell. (49. 1).

11) Ein Beispiel ist bei Athen, Boeckh Inscr. graec. T. I. n. 355.

12) Fr. 2. D. quis a quo appell. (49. 3), Dio Cass. LII. 22.

13) Dio Cass. LII. 33., Aei. Aristid. in Romam oratio ed. Iebb. T. I. p. 208. ed. Canter. T. I. p. 363., fr. 81. D. ad SC. Trebell. (36. 1).

14) Capitol. M. Antonin. 10.

15) Sueton. Nero 17., Tacit. ann XIV. 28., Vopisc. Prob. 13.

16) Fr. 1. 3. D. quis a quo appell. (49. 3), fr. 1. §. 3. fr. 21. §. 1. D. de appell. (49. 1).

Hauptstädten gieng die Appellation von allen städtischen Behörden an den Stadtpräfecten [17]; in den Provinzen von den iudices pedanei, den Municipalmagistraten und den Defensoren an die Statthalter [18]. Von diesen lief in Italien die Berufung an den Präfecten der Stadt vice sacra [19], was zwar von Constantius (357) aufgehoben [20], später aber hergestellt wurde [21]. Mit ihm concurrirte hierin in beschränkter Weise der Vicarius der Stadt, ebenfalls vice sacra [22]. In ähnlicher Weise waren im Orient aus gewissen Provinzen die Appellationen an den Stadtpräfecten von Constantinopel gewiesen [23]. Von den Stadtpräfecten gieng aber die Appellation an den Kaiser [24]; eben so vom Vicarius der Stadt Rom [25], zuweilen jedoch an den Präfecten vice sacra [26]. In den übrigen Provinzen wurde von den Statthaltern an den Präfecten des Prätoriums [27] oder an den Vicarius der Diöcese appellirt [28]; oder nach Lage der Provinz an die Proconsuln, den Comes des Orients, oder den Präfecten von Aegypten, welche sämmtlich dann vice sacra richteten [29]. Von den Vicarien und was diesen

17) C. 17. C. de appell. (7. 62).

18) C. 1. 3. C. Th. de repar. appell. (11. 30), nov. 15. c. 5.

19) Darauf geht c. 13. C. Th. de appell. (11. 30).

20) C. 27. C. Th. de appell. (11. 30) ib. Gothofr.

21) Cassiodor. var. VI. 4., Symmach epist. X. 58. 60.

22) Cassiodor. var. VI. 15.

23) C. 1. 10. C. Th. de off. praef. urb. (1. 6), c. 23. C. de appell. (7. 62).

24) C. 8. 11. 30. 44. C. Th. de appell. (11. 30), c. 2. C. Th. de his qui per met. (11. 34), c. 12. §. 7. C. de aedif. privat. (8. 10).

25) C. 29. 61. C. Th. de appell. (11. 30).

26) C. 2. 3. C. Th. de off. praef. urbi (1. 6), c. 61. C. Th. de appell. (11. 30).

27) C. 27. 67. C. Th. de appell. (11. 30), c. 4. C. Th. de off. praef. praet. (1. 5).

28) Nov. 23. c. 3., nov. 20. pr. c. 5., c. 16. C. Th. de appell. (11. 30).

29) C. 3. 62. C. Th. de appell. (11. 30), c. 4. C. J. de iurisd. (2. 3). Man sehe Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 3. Note 36. 37. Nachdem aber in Afrika der Proconsul durch die Eroberung der Van-

gleich war liefen die Appellationen unmittelbar an den Kaiser[30]; doch befasste sich derselbe nach einem Gesetze des zweiten Theodosius damit nicht mehr in Person, sondern sie wurden dadurch an eine aus dem Präfecten des Prätoriums und dem Quästor bestehende Commission gewiesen[31]. Von den Präfecten des Prätoriums konnte aber gar nicht appellirt werden[32]; seit Hadrian auch nicht vom Senate[33], und wie sich von selbst versteht nicht vom Kaiser[34].

761. Zur Form der Appellation gehörte, dass sie entweder gleich bei der Eröffnung des Urtheils durch eine mündliche Erklärung zu den Acten[35] oder innerhalb einer bestimmten Frist[36] durch ein schriftliches Libell eingelegt wurde[37]. Hierauf hatte der Richter dem Appellanten zur Bescheinigung der erhobenen Appellation die Dimissorialbriefe oder Apostel[38] nebst einer Abschrift der Acten zuzustellen[39], und Dieser Beides dem oberen Gericht binnen der gesetzlichen Zeit zur weiteren Verhandlung zu überreichen[40]. Gieng aber die Appellation an den Kaiser selbst,

---

dalen weggefallen war, wurden die Appellationen aus den noch römisch gebliebenen Provinzen an den Stadtpräfecten von Rom gewiesen, nov. Valentin. III. tit. XVIII. de tribut. fiscat. §. 12.

30) C. 16. 29. C. Th. de appell. (11. 30).

31) C. 32. pr. C. de appell. (7. 62), nov. 126., Ioan. Lydus de magistr. II. 15. 16.

32) Fr. 1. §. 1. D. de eff. praef. praet. (1. 11), fr. 17. D. de minor. (4. 4), c. 16. C. Th. de appell. (11. 30).

33) Fr. 1. §. 2. D. a quib. appell. (49. 2). Früher war es wohl geschehen, Dio Cass. LIX. 18.

34) Fr. 1. §. 1. D. a quib. appell. (49. 2), c. 34. C. de appell. (7. 62).

35) Fr. 2. D. de appell. (49. 1), c. 44. C. de appell. (7. 62).

36) Fr. 5. §. 4. D. de appell. (49. 1), fr. 1. §. 5–15. D. quando appell. (49. 4), nov. 23. pr. c. 1.

37) Fr. 1. §. 4. fr. 3. D. de appell. (49. 1).

38) Fr. un. D. de libell. dimiss. (49. 6), Paul. sent. rec. V. 34.

39) C. 6. §. 6. c. 24. C. de appell. (7. 62), nov. 126. c. 3.

40) C. 5. C. J. de appell. (7. 62), c. 63. C. Th. de appell. (11. 30), c. 3. C. Th. de repar. appell. (11. 31), c. 2. 5. C. J. de temper. et repar. appell. (7. 63).

so wurde seit dem vierten Jahrhundert in dem Gericht, wovon appellirt war, eine vollständige Relation oder Consultation aufgesetzt, diese den Partheien zur Entwerfung ihrer Gegenbemerkungen mitgetheilt, und beides sammt den Acten durch Boten aus dem Officium an die kaiserlichen Kanzleien überschickt[41]), von wo aus die Sache an das Consistorium zur Berathung und Entscheidung kam[42]). So war es namentlich auch bei den Appellationen von den Proconsuln, dem Comes des Orients, dem Präfecten von Aegypten und den Vicarien der Diöcesen. Nachdem jedoch diese Appellationen, wie vorhin bemerkt, durch das Gesetz des Theodosius an eine aus dem Präfecten des Prätoriums und dem Quästor bestehende Commission verwiesen worden waren, so wurde darüber hier in dem gewöhnlichen Verfahren verhandelt[43]). Die Form der Consultation fand daher nur noch bei den Appellationen von den höchsten Reichsbeamten Statt[44]).

762. Uebrigens waren Appellationen regelmässig blos gegen die Definitivsentenz und nur ausnahmsweise gegen gewisse Interlocute gestattet[45]), bis dass Justinian auch dieses untersagte[46]). Wie oft in einer Sache appellirt werden konnte, hieng von der Stufenfolge der Behörden ab; nach dem neuesten Rechte aber höchstens zweimal[47]). Ein gewisser Betrag der Streitsumme war nur bei Appellationen

41) C. 5. C. Th. de relat. (11. 29), c. 8. 16. 29. 32. 34. 47. 54. C. Th. de appell. (11. 30), Symmach. epist. X. 48. 52. 53.

42) C. 2. C. de leg. (1. 14). Man vergleiche §. 746. Note 71.

43) C. 32. pr. §. 2. 3. 4. C. de appell (7. 62), nov. 126., Ioan. Lydus de magistr. II. 15. 16.

44) C. 32. §. 5. c. 37. 39. §. 1. 2. C. de appell. (7. 62), c. 5. §. 2. C. de tempor. appell. (7. 63), nov. 23. c. 2., nov. 62. c. 1. ed. Osenbrüggen.

45) C. 2. 25. 37. 40. 44. 65. C. Th. de appell. (11. 30), c. 1. 2. 3. 11. 18. 23. C. Th. quor. appell. (11. 36), Symmach. epist. X. 36. 58.

46) C. 36. C. de appell. (7. 62), c. 16. C. de iudic. (3. 1). Eine Ausnahme blieb im fr. 2. D. de appell. rec. (49. 5).

47) C. un. C. ne liceat in ead. causa (7. 70).

an den Kaiser erforderlich [48]), und auch bei solchen später nicht mehr [49]). Unzulässige Appellationen wurden durch Geldbussen [50]), ungegründete durch den Verlust einer im Voraus zu deponirenden Summe und vierfachen Ersatz der Processkosten [51]), später auf andere Weise gestraft [52]).

763. Gegen die Sentenzen der Präfecten des Prätoriums, wovon nicht appellirt werden konnte, entstand seit dem vierten Jahrhundert das Rechtsmittel der Supplication oder Retractation [53]). Ferner konnte ein Spruch, der augenscheinlich rechts- oder formwidrig geschehen war, ohne Appellation als nichtig behandelt und rescindirt werden [54]). Vielleicht geschah dieses in der alten Zeit durch eine auf den doppelten Werth gestellte Sponsion [55]). Endlich konnte wie überhaupt gegen Rechtsnachtheile so auch gegen Urtheile ausserordentlicherweise in den geeigneten Fällen eine Restitution nachgesucht werden [56]), selbst gegen Sentenzen der prätorischen Präfecten und des Kaisers [57]).

48) Fr. 10. §. 1. D. de appell. (49. 1), nov. Valentin. III. tit. XXXIV. de episcop. iudic. §. 17.

49) C. 20. 37. C. de appell (7. 62). Eine Ausnahme machte nov. 23. c. 3.

50) Man sehe Note 45.

51) Tacit. ann. XIV. 28., Paul. sent. rec. V. 33. 37.

52) C. 3. C. Th. de off. praef. praet. (1. 5), c. 6. §. 4. C. de appell. (7. 62).

53) C. 5. C. de prec. imper. off. (1. 19), nov. Theodos. tit. XIII. contra sentent., c. un. C. de sent. praef. praet. (7. 42), c. 30. 35. C. de appell. (7. 62), nov. 82. c. 12., nov. 119. c. 5.

54) Fr. 1. 2. 3. D. quae sentent. sine appell. (49. 8), c. 1. 2. 4. 7. C. quando provocare non est nec. (7. 64).

55) Revocatio in duplum, Paul. sent. rec. V. 5 A. §. 7. 8., c. 1. Cod. Greg. X. 1.

56) Fr. 16. §. 5. fr. 18. pr. fr. 42. D. de minor. (4. 4), c. 2. 4. 5. C. si adv. rem iudic. restit. (2. 27).

57) Fr. un. §. 2. D. de off. praef. praet. (1. 11), fr. 17. 18. §. 1—4. D. de minor. (4. 4).

Zwölftes Kapitel.

Besondere Proceduren.

764. Unter den besonderen Proceduren sind vor Allem die Interdicte zu erwähnen[1]). Die Römer beschränkten die Thätigkeit der Obrigkeit nicht darauf nach den bestehenden Gesetzen Recht zu sprechen, sondern sie konnte auch, wenn die öffentliche Ordnung oder überhaupt ein praktisches Bedürfniss es erheischte, Verordnungen erlassen und dieselben mit ihrem Ansehen handhaben. Demgemäss bezeichnete der Prätor im Edicte[2]) eine Reihe von Fällen, wo er Etwas zu thun gebot oder verbot. Wenn nun Einer gegen einen Anderen aus einer solchen Verordnung zu klagen hatte, so wurde auf seinen Antrag vom Prätor oder in den Provinzen vom Proconsul nach kurzem Gehör des Anderen[3]) das Gebotene decretirt oder das Verbotene interdicirt. Dieses war zunächst nur eine mit Beziehung auf das betreffende Edict geschehende ernstliche Verwarnung der Obrigkeit an den Beklagten, falls er sich schuldig wüsste, Jenes zu thun oder Dieses zu unterlassen[4]). Solche Erlasse wurden in jenem Falle decreta, in diesem interdicta, oder auch gemeinschaftlich interdicta genannt, und diese in restitutoria, exhibitoria und prohibitoria eingetheilt[5]). Hatte die Verwarnung ihre Wirkung, so war

1) Davon handelt: K. A. Schmidt Das Interdiktenverfahren der Römer. Leipzig 1853. Man sehe auch Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 37., Keller §. 74. 75. 76., Rudorff II. §. 53. 54. 61. Gute Bemerkungen finden sich auch bei Leist Die honorum possessio I. §. 51—60. Eigenthümlich ist bei ihm nur der Gedanke, dass die Interdicte ursprünglich nichts als extraordinariae cognitiones gewesen und aus diesen hervorgegangen seien.

2) C. 1. C. de interd. (8. 1), Paul. sent. rec. V. 6. §. 2.

3) Theophil. IV. 15. pr.

4) Gaius IV. 139. Praetor aut proconsul „principaliter" auctoritatem suam finiendis controversiis (inter)ponit.

5) Gaius IV. 138—140. 142., fr. 1, §. 1. D. de interd. (43. 1).



Alles abgemacht. Im entgegengesetzten Falle trat aber ein eigenthümliches Verfahren ein, welches mit darauf berechnet war, den Anderen wegen Nichtbeachtung der Warnung zu strafen. Davon wird unten die Rede sein.

765. Die im Edicte proponirten Interdicte bezogen sich auf die mannichfaltigsten Verhältnisse: auf den Schutz der geheiligten religiösen und zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Sachen, auf persönliche Zustände, auf Habe und Gut; ferner konnte es sich dabei bald um die Proprietät selbst, bald um den blossen Besitz handeln[6]). Im letzten Falle waren sie dreifacher Art: sie wurden gegeben entweder um zu einem Besitze, den man nicht gehabt hatte, zu verhelfen, oder einen Besitz, worin man sich befand, aufrecht zu erhalten, oder einen verlorenen Besitz wieder zu verschaffen[7]). Die Interdicte der ersten Art waren für einzelne begünstigte Fälle gegeben, die weiter nichts mit einander gemein haben[8]). Die Interdicte zur Aufrechthaltung des Besitzes waren das interdictum uti possidetis und utrubi. Ersteres bezog sich auf Grundstücke und Gebäude[9]). Es wurde vom Prätor für denjenigen erlassen, auf dessen Seite im Augenblick, wo es erlassen wurde, der nicht mit Gewalt, heimlich oder precär vom Gegner erworbene Besitz wäre[10]). Wenn daher bei der Untersuchung der Eine zwar im Besitz, allein in einem solchen fehlerhaften befunden wurde, so wurde auf den fehlerfreien Besitz des Anderen zurückgegangen und dieser als der gegenwärtige

---

Sie gehörten im weiteren Sinne zu den Actionen, fr. 37. pr. D. de obl. et act. (44. 7); im engeren Sinne wurden sie aber davon unterschieden, fr. 35. §. 2. fr. 39. pr. D. de procur. (3. 3).

6) Fr. 1. pr. fr. 2. §. 1. 2. D. de interd. (43. 1), Cicero pro Caecina 13.

7) Gaius IV. 143., fr. 2. §. 3. D. de interd. (43. 1).

8) Gaius IV. 144—147.

9) Von diesem zum Theil streitigen Gegenstand handeln Keller und Rudorff (Savigny Zeitschr. XI. 305—332. 333—361). Man sehe auch Puchta Institutionen II. §. 225.

10) Fr. 1. pr. §. 1. D. uti possid. (43. 17), Gaius IV. 148. 149. 150. 160., Festus v. possessio.

angenommen. Das interdictum utrubi bezog sich auf Mobilien, und wurde zum Vortheil desjenigen von Beiden gegeben, welcher im letzten Jahre vom Anfang des Processes rückwärts gerechnet längere Zeit als sein Gegner im fehlerfreien Besitz gewesen wäre [11]). Nach dem späteren Recht wurde jedoch nicht mehr der Besitz der längeren Zeit sondern nur das untersucht, wer im Augenblick der Litiscontestation im fehlerfreien Besitz gewesen wäre [12]). Beide Interdicte wurden unter dem Formularprocess namentlich dann gegeben, wenn bei einer erhobenen Eigenthumsklage selbst die Vorfrage des Besitzes unter beiden Theilen streitig war [13]): ausserdem aber auch in allen Fällen, wo ein vorhandener Besitz gestört wird, indem man dieses so ansah, als ob der Störende den Besitz bestreite und sich zueignen wolle [14]).

766. Von den zur Recuperation eines verlorenen Besitzes bestimmten Interdicten sind die wichtigsten, die im Falle einer gewaltsamen Dejection erlassen wurden. Hiefür gab es im alten Recht zwei Interdicte [15]): das Eine wenn die Gewalt eine einfache [16]), das Andere wenn sie mit

11) Fr. un. pr. D. de utrubi (43. 31), Gaius IV. 148—152. 160., Paul. sent. rec. V. 6. §. 1., Theophil. IV. 15. §. 4.

12) §. 4. J. de interd. (4. 15), fr. un. §. 1. D. de utrubi (43. 31).

13) Gaius IV. 148., fr. 1. §. 3. D. uti possid. (43. 17), c. un. C. uti possid. (8. 6), Theophil. IV. 15. §. 4.

14) Fr. 3. §. 2. D. uti possid. (43. 17).

15) Cicero pro Caecina 32. Ad duas dissimiles res duo diiuncta interdicta sunt.

16) Die Worte des Edicts dafür giebt Cicero pro Tullio 44. Der eigentliche Gegenstand dieser Rede ist jedoch nicht dieses Interdict, sondern das über eine actio vi bonorum raptorum niedergesetzte iudicium. Darauf beziehen sich cap. 7—13. 24—28. Ferner ist die im cap. 29. angeführte Formel nicht, wie Savigny Besitz §. 49. S. 517. meint, eine neuere Fassung des Edicts über unser Interdict; sondern Cicero erzählt blos von einer in einem gewissen Falle zwischen ihm und einem Anderen vorgekommenen Formel, um daran deutlich zu machen, dass die Worte dolo malo in der Form des iudicium, worum es sich nun handelte, dem Beklagten nicht zu Gute kämen. Dieses zeigen cap. 30—36.

Waffen verbunden gewesen war[17]). Beide galten aber nur für unbewegliche Sachen, denn bei beweglichen waren sie durch andere Klagen[18]), insbesondere durch das interdictum utrubi, später durch die Verordnungen gegen die Selbsthülfe entbehrlich[19]). Uebrigens waren zwischen beiden Interdicten im alten Rechte mehrere Unterschiede, die im neueren fast ganz verschwunden sind[20]). Jenes wurde nicht gegen Personen, denen man Ehrerbietung schuldig war, gegeben, wohl aber das Andere[21]); jenes nur binnen eines Jahres[22]), dieses auch später[23]); bei jenem verlangte das Edict ausdrücklich, dass der Kläger Besitz gehabt habe, bei diesem nicht, so dass dasselbe auch bei gehabter blosser Detention statt fand[24]); endlich gegen jenes galt, zwar nicht mehr im neuen[25]), doch aber im alten Recht die Einrede, dass der Kläger selbst gewaltsam heimlich oder bittweise besessen[26]), gegen dieses nicht[27]). In der späteren Zeit wurde das Interdict wegen Gewalt die Klage auf Herstellung des momentanen Zustandes genannt[28]).

---

17) Worte des Edicts darüber erwähnt Cicero pro Caecina 19. 21. Darauf zielt auch unstreitig pro Tullio 46.

18) Fr. 1. §. 3—8. D. de vi (43. 16), Paul. sent. rec. V. 6. §. 5.

19) C. 3. C. Th. unde vi (4. 22), c. 7. C. unde vi (8. 4), §. 1. J. de vi bon. rapt. (4. 2), §. 6. J. de interd. (4. 15).

20) Daher die Verschmelzung Beider im tit. D. de vi et de vi armata (43. 16).

21) Fr. 1. §. 43. D. de vi (43. 16).

22) Fr. 1. pr. §. 39. D. de vi (43. 16).

23) Cicero ad fam. XV. 16.

24) Cicero pro Caecina 31. 32. Demohngeachtet konnte dieses dem Cäcina nichts nützen, denn er hatte keine Detention gehabt. Deshalb versuchte zuletzt Cicero zu zeigen, Cäcina habe durch eine Zwischenperson selbst Besitz auf eigenen Namen gehabt. Eine andere Auslegung giebt Savigny Besitz §. 40. S. 517.

25) §. 6. J. de interd. (4. 15), fr. 1. pr. D. de vi (43. 16).

26) Cicero pro Tullio 44. 45., pro Caecina 32., ad fam. VII. 13., Gaius IV. 154., Paul. sent. rec. V 6. §. 7.

27) Gaius IV. 155.

28) Momenti reformatio, Symmach. epist. X. 48. 53., momentariae possessionis interdictum, c. 3. C. qui legit. person. (3. 6), c. 8.

767. Eine andere Eintheilung der Interdicte war die in simplicia und duplicia. Erstere sind diejenigen wo der Eine als der Kläger, der Andere als der Beklagte hervortritt, wie dieses bei allen restitutorischen und exhibitorischen Interdicten der Fall ist. Die prohibitorischen Interdicte sind aber theils simplicia theils duplicia. Letztere sind solche, wo Jeder gleichmässig als Kläger und als Beklagter erscheint, wie namentlich bei dem interdictum uti possidetis und utrubi [29]). Uebrigens gab es aber auch interdicta duplicia in einem ganz anderen Sinne, nämlich deshalb so genannt, weil sie sowohl zur Erlangung eines noch nicht gehabten, als zur Wiedererlangung eines schon gehabten Besitzes dienten [30]). Ein solches war das interdictum quem fundum [31]). Wenn nämlich in der Vindication eines Fundus der Besitzer sich nicht defendirte, namentlich nicht die erforderliche Sicherheit leistete [32]), so konnte der Kläger den Eigenthumsstreit auf sich beruhen lassen, und vom Prätor jenes Interdict erwirken, welches dem Beklagten gebot den Besitz auf den Kläger, gleichviel ob derselbe je besessen hatte oder nicht, zu transferiren, so dass nun der Beklagte die Rolle des Klägers um das Eigenthum übernehmen musste. In gleicher Weise gab es ein interdictum quam hereditatem und quem usumfructum zur Unterstützung der Vindication einer Erbschaft [33]) oder eines usufructus [34]).

C. unde vi (8. 6), c. 1. 4. C. Th. unde vi (4. 22), c. un. C. Th. si de memente (11. 37).

29) Gaius IV. 156—160., fr. 2. pr. D. de interd. (43. 1).

30) Fr. 2. §. 3. D. de interd. (43. 1). Aufgeklärt ist diese Stelle erst durch das 1828 zu Wien aufgefundene Fragment von Ulpians Institutionen. Anderer Meinung ist jedoch Husehke Gajus S. 186.

31) Ulpian. fragm. Vindob., Fragm. Vatic. §. 92. Man sehe darüber Ruderff in Savigny Zeitschr. IX. 7—55.

32) Fragm. Vatic. §. 92. Man vergleiche §. 713. Se erklären sich c. un. C. uti possid. (8. 6), fr. 80. D. de rei vind. (6. 1). Eine etwas andere Auslegung giebt jedoch von der letzten Stelle Hartmann Centumacialverfahren S. 178—183.

33) Ulpian. fragm. Vindeb., Paul. sent. rec. I. 11. §. 1.

34) Fragm. Vatic. §. 92.

768. Was die Procedur nach einem erlassenen Interdicte betrifft, dem der Beklagte nicht Folge leisten wollte, so ist zwischen den interdicta simplicia und duplicia zu unterscheiden. Bei den Ersteren konnte der Beklagte, wenn das Interdict ein restitutorisches oder exhibitorisches war, zur genaueren Untersuchung und Entscheidung auf einen Arbiter antragen, was aber gleich auf der Stelle geschehen musste; und dann wurde eine Formel in diesem Sinne ertheilt. Fiel dessen Spruch gegen ihn aus und er gehorchte, so traf ihn weiter kein Nachtheil. Im entgegengesetzten Falle wurde er auf das Interesse, und zwar wie bei allen arbiträren Klagen nach der eidlichen Schätzung des Klägers, condemnirt, und dieses in der gewöhnlichen Weise exequirt [35]). War kein Arbiter verlangt worden, so musste der Kläger wieder vor Gericht kommen und den Anderen zur Sponsion einer Strafsumme provociren, falls dem Edicte des Prätors zuwider doch nicht restituirt oder exhibirt worden sei. Darauf erwiederte der Andere mit der Aufforderung zu einer Restipulation. In diesem Sinne wurden dann zwei Formeln für die Recuperatoren erlassen um zu entscheiden, ob die eine oder die andere Strafsumme verwirkt sei. Der Kläger schloss aber an seine Formel noch eine andere, die auf die Restitution oder Exhibirung der Sache, oder falls diese nicht geschähe, auf die Condemnation zum Ersatz des Interesse gerichtet war. Bei prohibitorischen Interdicten wurde immer auf diese Art procedirt, indem hier kein Antrag auf einen Arbiter zulässig war [36]). Stellte sich der Beklagte nicht, so folgte wie gewöhnlich Immission in sein Vermögen [37]).

769. Bei den interdicta duplicia wurde von jeder Seite spondirt und restipulirt, so dass zusammen vier Stipula-

---

35) Gaius IV. 141. 162—164., Ulpian. fragm. Vindob.

36) Gaius IV. 141. 162. 165., Cicero pro Caecina 8., ad fam. VII. 21., pro Tull. 53.

37) Fr. 3. §. 14. D. de homine libero exhib. (43. 29).

tionen vorkamen, worüber der iudex zu erkennen hatte[38]). Beim interdictum uti possidetis gab es ausserdem noch ein eigenthümliches Verfahren, welches die Regulirung des Besitzstandes während des Processes zum Zweck hatte. Es wurde nämlich dieser Besitzstand unter Beiden versteigert und demjenigen zugesprochen, der das Meiste darauf bot. Wenn dieser dann unterlag, so hatte er ausser der durch die Sponsion und Restipulation verwirkten Strafsumme auch noch die Licitationssumme zur Strafe zu zahlen. Dazu machte er sich gewöhnlich durch eine besondere Stipulation verbindlich; doch konnte darauf auch ohne Stipulation mit dem iudicium fructuarium oder secutorium geklagt werden. Ueberdies musste er die Sache selbst mit den gezogenen Früchten herausgeben, und dazu oder zum Ersatz des Werthes wurde er nöthigenfalls mit dem iudicium Cascellianum, das auch secutorium hiess, angehalten[39]).

770. Mit der Veränderung des Gerichtsverfahrens wandelte sich auch das Interdictverfahren um. Es hörte eigentlich schon auf, als die Privatrichter abkamen; doch wurde noch, so gut es gieng, nach Art desselben verfahren[40]). Die Obrigkeit erliess also noch in der alten Weise auf den Antrag des Klägers ein Interdict[41]); auch geschahen wohl noch eine Zeitlang, wenn der Beklagte nicht gehorchte, die Sponsionen und Restipulationen; allein die Untersuchung und Verhandlungen darüber führte nun die Obrigkeit selbst. Eben deshalb liess man jene als unnöthige Weitläufigkeiten bald weg, und die Obrigkeit verhandelte

38) Gaius IV. 166. 167.

39) Gaius IV. 166—169. Man vergleiche dazu Huschke Gajus S 187.

40) Diocletian. in c. 3. C. de interd. (8. 1). Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.

41) Dieses ergiebt sich aus Symmach. epist. X. 48. 53., c. 9. C. Th. de infirm. his (15. 14). Man sehe dazu die überzeugende Auslegung von Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 37. Note 25.

und erkannte gleich unmittelbar über das Rechtsverhältniss selbst[42]). Zur Förderung eines rascheren Verfahrens wurden nun diese Sachen wie manche andere von dem Erforderniss der Litisdenunciation befreit[43]) und möglichste Abkürzung der Fristen empfohlen[44]). Endlich hob Justinian auch die Einleitung durch ein Interdict auf, so dass gleich bei der Erhebung der Klage alles Nöthige vorgebracht werden sollte[45]). Das Verfahren ist also nun von dem der übrigen Klagen nicht mehr verschieden, und die die Interdicte betreffenden Rechtssätze leben nur noch in materieller Beziehung fort[46]).

771. Den Interdicten verwandt waren noch drei andere Proceduren. Erstens: die Interdicte und das sich daran schliessende Verfahren reichten in den Fällen nicht aus, wo, wie bei der Klage auf Exhibirung eines Kindes, die Geldbusse und Schätzung keinen Ersatz gewährten. Daher gab es dafür schon zur Zeit des alten ordo iudiciorum ein Verfahren extra ordinem, wo der Magistrat Alles selbst untersuchte und mit militärischer Gewalt vollstrecken liess. Dieses blieb auch nach der Umbildung des Interdictverfahrens daneben als eine durch die Raschheit des Verfahrens und der militärischen Hülfe ausgezeichnete ausserordentliche Procedur bestehen[47]). Zweitens: hatte Einer an

42) Dieses zeigt der Process bei Symmach. X. 48. Man sehe darüber Bethmann-Hollweg S. 417—428.

43) C. 6. C. Th. de denunt. (2. 4), c. un. C. Th. utrum vi (4. 23). Man vergleiche §. 744.

44) C. 5. C. Th. de denunt. (2. 4), c. un. C. Th. utrum vi (4. 23).

45) C. 4. C. de interd. (8. 1). Dass dieses nun der Sinn dieser interpolirten Stelle war, zeigt die Vergleichung mit ihrer Quelle, c. 6. C. Th. de denunt. (2. 4).

46) §. 8. J. de interd. (4. 15), c. 1. C. de interd. (8. 1), c. 2. C. quor. bonor. (8. 2), c. 3. C. de liber. exhib. (8. 8), c. 17. C. de act. emt. (4. 49).

47) Fr. 1. §. 1. D. de inspic. ventre (25. 4), fr. 1. §. 2. D. si ventr. nom. (25. 5), fr. 3. pr. §. 1. D. ne vis fiat (43. 4). In diesen Stellen werden die Interdicte von diesem ausserordentlichen Verfahren als das ius ordinarium unterschieden. Dieses bezieht sich ursprüng-

einem fremden Boden gewaltsam oder heimlich eine denselben verletzende Handlung verübt, so hatte der Verletzte das Interdictum quod vi aut clam auf Restitution[48]). Handelte es sich aber um ein erst vorzunehmendes Werk[49]), so konnte der sich dadurch verletzt Glaubende oder bei Gemeindegütern jeder Bürger[50]) den Anderen durch eine in einer bestimmten Weise gemachte operis novi nunciatio[51]) nöthigen, bis zur ausgemachten Sache von der Arbeit abzustehen oder Caution zu leisten[52]); that er dieses nicht, so fand gegen ihn ein Interdict auf Restitution statt[53]); umgekehrt aber auch gegen den Nuntianten, wenn Caution gestellt war und er dennoch auf seiner Hinderung beharrte[54]). Drittens: gegen ein Schaden drohendes Werk[55]) konnte der Nachbar auch noch nach der lex Aebutia mit einer legis actio auftreten[56]). Nach dem Edicte konnte er die Bestellung einer nach Umständen durch Bürgen oder durch eine blosse Stipulation zu leistende damni infecti cautio[57]), oder bei Verweigerung derselben Einweisung in

lich darauf, dass bei ihnen eine formula und Ueberweisung an einen iudex vorkam. Im Justinianischen Recht, wo alle iudicia extra ordinem sind, §. 8. J. de interd. (4. 15), hat es aber einen andern und den oben bezeichneten Sinn. Zum Theil richtig, wenn auch nicht ganz klar, ist die Einwendung, welche Rudorff II. §. 53. Note 32. §. 61. Note 4. gegen meine frühere Darstellung macht.

48) Cicero pro Tullio 53., fr. 1. pr. §. 1—8. fr. 7. §. 5. D. quod vi (43. 24).

49) Fr. 1. §. 1. 11—14. fr. 3. pr. fr. 5. §. 10. D. de o. n. n. (39. 1). Von der operis novi nunciatio handelt Rudorff II. §. 55.

50) Fr. 1. §. 16. 17. fr. 3. §. 4. fr. 4. 5. §. 9. D. de o. n. n. (39. 1).

51) Fr. 1. §. 2—5. fr. 5. §. 2. 3. 4. 7. D. de o. n. n. (39. 1).

52) Fr. 1. pr. fr. 5. §. 17. fr. 8. §. 4. 5. fr. 20. §. 5. fr. 21. pr. §. 1. D. de o. n. n. (39. 1).

53) Fr. 20. pr. §. 1. fr. 21. §. 1. D. de o. n. n. (39. 1).

54) Fr. 20. §. 9—12. D. de o. n. n. (39. 1).

55) Von der Procedur gegen damnum infectum handeln: Huschke Gajus S. 203—242., Keller §. 31. 77., Rudorff II. §. 95.

56) Gaius IV. 31.

57) Lex Rubria c. 20., fr. 7. pr. D. de damno infect. (39. 2), fr. 1. §. 38. D. de aqua cottid. (43. 20), fr. 1. pr. D. de cloac. (43. 23).

den factischen[58]) Mitbesitz der Sache[59]), zu deren Unterstützung wie bei allen prätorischen Immissionen ein Interdict diente[60]), und bei länger fortgesetzter Weigerung die definitive Immission[61]) mit prätorischem Eigenthum[62]) und der Fähigkeit die Sache zu usucapiren[63]) fordern. Die Municipalmagistrate hatten aber weder das Recht die Caution noch die Immission zu decretiren[64]); doch wurde ihnen sowohl das erste[65]), wie auch die Befugniss die erste Einweisung in den Besitz zu decretiren der Dringlichkeit wegen gewöhnlich delegirt[66]). Drohte der Schaden aus einem künstlichen den natürlichen Ablauf des Regenwassers ändernden Werke, so fand, schon auf den Grund der zwölf Tafeln[67]), die actio aquae pluviae arcendae auf Wegnahme oder Caution Statt[68]). In wasserarmen Provinzen, wie in Africa, wurde dabei nicht wie anderwärts die Verstärkung, sondern die Entziehung des Wassers als Schaden angesehen[69]).

772. Zu den besonderen Proceduren gehörten ferner die Gränzstreitigkeiten[70]). Gränze (extremitas, finis im na-

58) Nicht den juristischen, fr. 3. §. 23. D. de possess. (41. 2), fr. 9. D. de rei vind. (6. 1), fr. 3. §. 8. D. uti possid. (43. 17).

59) Fr. 7. pr. fr. 15. §. 11. 20. D. de damn. inf. (39. 2), fr. 1. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4).

60) Fr. 1. pr. §. 1. 2. 4. D. ne vis fiat (43. 4).

61) Fr. 7. pr. fr. 15. §. 21. 22. D. de damn. inf. (39. 2).

62) Fr. 15. §. 16. 17. 33. D. de damn. inf. (39. 2), fr. 7. §. 1. D. de usufr. (7. 1).

63) Fr. 5. pr. fr. 15. §. 16. 26. D. de damn. inf. (39. 2).

64) Fr. 4. D. de iurisd. (2. 1), fr. 26. D. ad munic. (50. 1).

65) Lex Rubria c. 20. Sie erhielten jedoch hier nicht das Recht bei verweigerter Caution die Immission zu decretiren, sondern es sollte dann verfahren werden, als wenn die Caution geleistet wäre.

66) Fr. 1. 4. pr. §. 3. 4. D. de damn. inf. (39. 2).

67) Fr. 21. pr. D. de statulib. (40. 7)., fr. 5. D. ne quid in loco publ. (43. 8).

68) Fr. 1. pr. §. 1. 13. 17. fr. 6. §. 6. 7. fr. 14. §. 2. 3. D. de aq. et aq. pluv. (39. 3), Cicero Topic. 9., pro Muren. 9.

69) Frontinus de controv. agror. p. 36., Agennius Urbicus de controv. agror. p. 88.

70) Man sehe darüber §. 576. Note 121.

türlichen Sinn) ist die grade oder gekrümmte Linie, welche zwei Grundstücke scheidet[71]. Nach dem uralten Gebrauche waren diese Gränzen durch mancherlei auf lange Dauer berechnete Zeichen bezeichnet[72]) und unter den Schutz der Religion gestellt[73]). Von dem System der Limitation ist diese Gränzbezeichnung unabhängig; denn es kann vorkommen, dass der limes, welcher zwei Centurien scheidet, eine Besitzung durchschneidet, und umgekehrt dass der finis in die Mitte einer Centurie fällt[74]). In der späteren Zeit waren auch an dem limitirten Lande fast nur noch Privatgränzen übrig[75]). Bei diesen Gränzen wurde nun nach einem uralten Gebrauch ein Raum von fünf Fuss, drittehalb nach jeder Seite, angenommen, welcher unter einem besonderen Recht stand. Dieser Raum, welcher nicht nothwendig äusserlich sichtbar bleiben musste, hiess der finis im juristischen Sinne[76]); das Land darüber hinaus hiess locus. Bei Streitigkeiten über den finis wurden nun nach den zwölf Tafeln drei, nach der lex Mamilia ein arbiter ernannt[77]), und zwar mit der Eigenthümlichkeit, dass diese arbitri Feldmesser waren, welche, so lange es sich um Gränzveränderungen blos innerhalb des finis handelte, lediglich nach den Regeln ihrer Kunst ohne alle Rücksicht auf Besitz und Verjährung zu verfahren und zu erkennen hatten[78]). Die Einleitung eines solchen Streites

71) Balbus ad Celsum p. 98., Siculus Flaccus de condic. agror. p. 151., Frontinus de controv. p. 12.

72) Das Einzelne giebt nach den Schriften der Agrimensoren Rudorff Feldmesser II. 267—277.

73) Davon im Strafrecht (Buch V. Kap. II).

74) Man sehe §. 576. Note 128—130.

75) Man sehe §. 269. Note 87. 88.

76) Man sehe §. 567. Note 122. 123. 125. 126. 127.

77) Cicero de leg. I. 21. Das Alter dieser lex Mamilia ist ungewiss, Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. §. 43. Note 4. Unstreitig ist sie von der lex Mamilia Gaji Caesaris verschieden, Rudorff Feldmesser II. 244., Röm. Rechtsgesch. II. §. 81. Note 29. Anderer Meinung ist Mommsen Feldmesser II. 225.

78) C. 4. C. Th. fin. regund. (2. 26). Artis huius peritis omnem commisimus sub fideli arbitrio notionem. — Dieses war hier nicht

geschah in der gewöhnlichen Form des sacramentum oder der judicis arbitrive postulatio[79]). Reichte aber ein Streit unter Nachbarn über den finis hinaus auf den locus, so konnte zwar auch zur Ausmittlung der ursprünglichen Gränze die Zuziehung von Feldmessern nöthig sein; allein diese waren dann blos begutachtende Sachverständige; das Urtheil selbst wurde in den gewöhnlichen Formen gesprochen, und es kamen dabei die gemeinen Rechtsbegriffe von Eigenthum, Besitz, Vindication und Interdicten in Betracht[80]). Jenes eigenthümliche Recht der fünf Füsse wurde auch unter der neuen Gerichtsverfassung von Constantin (331) bestätigt[81]). Die praktische Wichtigkeit jener Unterscheidung zeigte sich besonders bei der Verjährungsfrage. Am finis galt schon nach den zwölf Tafeln gar keine Usucapion[82]), und demgemäss in den Provinzen keine Präscription[83]). Hingegen beim locus entschied in Italien die zweijährige usucapio, in den Provinzen die longi tem-

---

eine neue Bestimmung, sondern nur eine erweiterte Anwendung des alten Rechts.

79) Rudorff Feldmesser II. 422—427. hebt tadelnd hervor, dass man bis dahin den Zusammenhang dieser Art von Processe mit der legis actio per iudicis arbitrive postulationem nicht erkannt habe. Allein was an diesem Zusammenhang wahr ist, versteht sich von selbst (oben §. 717), und das Uebrige, was Rudorff von der Urgeschichte der controversiae agrorum mittheilt, beruht auf den unhaltbaren Anschauungen, woven schon oben die Rede war (§. 560. Note 2).

80) Frontinus de controv. agror. p. 43—45., Agennius de controv. agror. p. 74. 75., Hyginus de gener. controv. p. 129—131., Aggenus ad Frontin. p. 13.

81) C. 3. C. Th. fin. reg. (2. 26). Si finalis controversia fuerit, tum demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum, de quo agitur apud praesidem, esse constiterit; cum de maiore spatio caussa quaedam, non finalis, sed proprietatis, apud ipsum praesidem debeat terminari.

82) Cicero de leg. I. 21., Hyginus de gener. controv. p. 126., Aggenus in Frontin. p. 12.

83) Const. Valentin. I. a. 365. in der Consult. Veter. Iuriscons. c. 9. Fines etiam, quos temeratos adseverat, amota praescriptione temporis, hi, qui pervaserunt, ut ratio iuris est, redhibere cogantur.

poris praescriptio[84]). Es war also möglich, dass zu einem Acker ein Stück vom locus des Nachbarn durch Verjährung hinzugekommen war, während der ursprüngliche finis zwischen Beiden unverjährt liegen blieb. Um diese Inconvenienz zu beseitigen verordnete Valentinian II. (385), dass bei Gränzstreitigkeiten ohne alle Rücksicht auf Verjährung lediglich die vom Agrimensor nach den Regeln seiner Kunst zu bewirkende Ermittlung des ursprünglichen finis entscheiden sollte[85]). Theodosius I. stellte aber (392) das alte Recht und mit ihm den alten Uebelstand wieder her[86]). Justinian ordnete daher endlich (530) das Verhältniss so, dass er für alle Gränzstreitigkeiten die dreissigjährige Verjährung einführte[87]). In Folge davon schloss er bei der Redaction seiner Sammlungen einerseits beim locus die gewöhnliche usucapio und longi temporis praescriptio aus[88]); andererseits hob er beim finis das eigenthümliche Recht

84) Man sehe die Stellen in der Note 80.

85) C. 4. C. Th. fin. reg. (2. 26). 'Quinque pedum praescriptione (das heisst das blos dem finis eigenthümliche Recht) summota, finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio. Sola sit igitur huiusmodi legibus una praescriptio, quae improbi petitoris refrenare possit invidiam, si veteribus signis limes inclusus finem congruum erudita arte praestiterit. Nec vero prolixioris temporis in huiusmodi iurgiis locum habebit ulla praescriptio, cum diuturno otio alienum rus quisquam se asserat diligentius coluisse, quando omne huiusmodi iurgium solo praecipimus iure discingi, quo artis huius peritis omnem commisimus sub fideli arbitrio notionem.

86) C. 5. C. Th. fin. reg. (2. 26). Cunctis molitionibus et machinis amputatis, finalibus iurgiis ordinem modumque praescripsimus, ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque, qui veteri iure praescripti sunt, sine observatione temporis arbitros iussimus iudicare. Quodsi loca in controversiam veniant, solenniter de his iudices recognoscant, et seu civilis seu criminalis actio competet, tribuetur ita, ut caussa cognita, et redhibitioni obnoxius decernatur, nec poenam convictus aufugiat. — Diese für die Verjährung der actio finium regundorum geltenden besonderen Grundsätze wurden auch später ausdrücklich bestätigt, c. 1. pr. C. Th. de act. certo temp. finiend. (4. 14).

87) C. 1. §. 1. C. de ann. except. (7. 40).

88) Dieses that er durch die Reception der völlig interpolirten Constitution des Theodosius, c. 6. C. J. fin. reg. (3. 39).

von dessen Unverjährbarkeit auf[89]). Darin liegt denn von selbst, dass die Feldmesser an der Gränze nicht mehr unbedingt entscheiden, sondern bei der Verjährungsfrage den Richter über sich haben.

773. Uebrigens konnte auch noch in anderen Fällen als bei Gränzstreitigkeiten die Zuziehung von Agrimensoren nöthig sein. Allein sie erschienen dann nie als Richter, sondern nur als Techniker[90]). Dennoch haben die Schriftsteller über diese Kunst alle diese Fälle unter dem Namen der agrarischen Controversen zusammengestellt. Sie zählen derselben im Ganzen fünfzehn[91]): de positione terminorum, de rigore, de fine, de loco, wovon oben gesprochen ist, de modo, de proprietate, de possessione, was sie aber, wie sie selbst sagen, nichts angieng, sondern ganz ins ius ordinarium gehörte, de alluvione, de territorio, de subsecivis, de locis publicis, de locis relictis et extraclusis, de locis sacris et religiosis, de aquae pluviae transitu, de itineribus[92]). Was dabei juristischer Art ist, ist nichts Eigenthüm-

89) Dieses that er dadurch, dass er aus der Constitution Valentinians (Note 85) den ersten Satz in seine Sammlung aufnahm, c. 5. C. J. fin. reg. (3. 39). Dieser hat aber darin einen anderen und fast entgegengesetzten Sinn. Ursprünglich hiess er, dass die Unverjährbarkeit des finis auch auf den connexen locus ausgedehnt werden, jetzt aber dass das eigenthümliche Recht des finis gar nicht mehr Statt finden sollte. Merkwürdig ist übrigens, dass jene const. 5. in die Basiliken nicht aufgenommen ist, und dass, worauf mich Bethmann-Hollweg aufmerksam gemacht hat, bei einem byzantinischen Juristen des neunten Jahrhunderts die Beachtung der fünf Fusse noch als praktisches Recht erwähnt wird, Heimbach observ. graeco-romani (Lips. 1830) p. 54.

90) Sie unterscheiden selbst das, was dort ihre Hülfe und das was forensis officii id est iuris civilis operam erheische, Hyginus de gener. controv. p. 134.

91) Davon handelt genau Rudorff Röm. Feldmesser II. 422—464.

92) Die Hauptstellen sind: Frontinus de controv. p. 9—26. 37—58., Hyginus de gener. controv. p. 123—134. Aus Frontinus ist Agennius Urbicus de controv. agror. p. 65—89. Aus Hyginus ist Aggenus in Frontin. p. 9—26.

liches; das Andere aber gehört in den Unterricht für die Feldmesser, und ist auch nur dafür geschrieben[93]).

774. Noch eine besondere Procedur endlich genüge es hier zu nennen. Dieses war die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[94]), eine ausserordentliche Rechtshülfe, welche der Magistrat[95]) unter gewissen im Edicte bezeichneten Voraussetzungen[96]) gegen die Verletzung[97]) aus einem der Strenge nach gültigen Geschäft[98]) oder processualischen Handlung bis zur Execution hin[99]) nach Untersuchung der Sache[100]) ohne Zuziehung eines iudex ertheilte.

Dreizehntes Kapitel.

Von den Massregeln zur Verminderung der Processe.

775. Auf die Verminderung der Processe zielten theils direct theils indirect mancherlei Anstalten. Zunächst gehört dahin die Klagverjährung. Dem alten Recht war diese unbekannt. Das Edict beschränkte aber die Anstellung der meisten von ihm versprochenen Klagen auf Jahresfrist[1]).

93) In den vorigen Ausgaben waren diese Controversen als ein wenig bekannter Gegenstand aus den damaligen Quellen etwas genauer abgehandelt. Jetzt genügt es aus dem angeführten Grunde auf Rudorff zu verweisen.

94) Davon handeln: Keller §. 79. 80., Rudorff II. §. 58.

95) Fr. 16. §. 5. fr. 17. 18. D. de minor. (4. 4).

96) Fr. 1. 2. D. de in integr. rest. (4. 1), fr. 1. D. de minor. (4. 4), fr. 1. §. 1. D. ex quib. caus. maior. (4. 6), Paul. sent. rec. I. 7 §. 1. 2.

97) Fr. 4. D. de in integr. rest. (4. 1).

98) Fr. 41. pr. §. 1. 2. 3. D. de minor. (4. 4).

99) Gaius IV. 57. 125., fr. 7. §. 4. fr. 9. pr. fr. 18. §. 2. 3. D. de minor. (4. 4).

100) Fr. 3. 8. D. de in integr. rest. (4. 1).

1) Gaius IV. 110. 111.

Ferner kam gegen Eigenthumsklagen eine Präscription auf[2]. Endlich setzte der zweite Theodosius für alle Arten von Klagen die dreissigjährige Verjährung fest[3]. Auch eine wirklich anhängig gemachte dann aber liegen gebliebene Klage sollte nun nach dreissig[4]) oder wie Justinian verordnete nach vierzig Jahren von der letzten Cognition an gerechnet verjährt sein[5]). Dass aber wie im alten Recht selbst bei einem im Gange gehaltenen Process, wenn derselbe nicht in einer gewissen Zeit zum Ende gebracht war, das Klagrecht untergieng[6]), war im neuen Recht nur für gewisse Fälle verordnet[7]).

776. Auf der Absicht, der Vermehrung oder bösartigen Verwicklung der Processe entgegenzuwirken, beruht auch das Verbot des Ankaufs litigiöser Gegenstände. Dieser war durch ein Edict des Augustus für unwirksam erklärt und überdies mit einer fiscalischen Strafe belegt[8]). Justinian hat die Strafe noch geschärft[9]). Selbst eine vor Ausbruch des Streits geschehene Veräusserung, wodurch die Lage des Gegners nachtheiliger wurde, war verboten, und begründete eine Klage aufs Interesse[10]).

777. Klagte man auf mehr als man zu fordern hatte, so zog dieses schon zur Zeit der legis Actionen[11]) dann auch unter dem Formularprocess, wenn die Klage auf ein certum gieng, nach dem formellen Verhältniss, worin die

---

2) Man sehe §. 571.

3) C. un. C. Th. de act. certo temp. fin. (4. 14), pr. J. de perpet. et tempor. act. (4. 12).

4) C. un. §. 1. C. Th. de act. certo temp. fin. (4. 14).

5) C. 9. C. de praescr. trig. ann. (7. 39).

6) Man sehe §. 726.

7) Zum Beispiel c. 8. C. de dolo (2. 21).

8) Fragm. de iure fisci §. 8., Gaius IV. 117., fr. 1. pr. D. de iure fisci (49. 14), fr. 1. 2. D. de litig. (44. 6). Man sehe Bachofen Ausgew. Lehren S. 59—88.

9) C. 4. C. de litig. (8. 37), nov. 112. c. 1.

10) Fr. 1. 3. §. 4. D. de alien. iudic. mut. caus. (4. 7).

11) Cicero de orat. I. 36., Plaut. Mostell. III. 1. v. 123.

intentio zum iudicium und dieses zur Sache selbst stand, den Verlust derselben nach sich[12]). Das spätere Recht hat dieses, jedoch mit mehreren Aenderungen, zu positiven Strafbestimmungen umgebildet[13]). Umgekehrt brachte es auch im alten Rechte Nachtheil, wenn man auf weniger oder bei mehreren zustehenden Klagen nur mit einer geklagt hatte; denn man konnte, wenn man wegen des Restes oder mit den anderen Klagen unter derselben Prätur einkam, durch gewisse Exceptionen zurückgewiesen werden[14]). Im neuen Recht ist aber davon keine Spur mehr[15]).

778. Endlich gab es mehrere absichtlich gegen ungerechtes Processiren gerichtete Bestimmungen[16]). Eine Bestrafung der Art lag schon in der mit dem sacramentum verbundenen Wette, später in der pönalen Sponsion, welche in bestimmten Fällen, namentlich bei Interdicten[17]), dann bei Klagen auf eine certa credita pecunia und aus einem constitutum geschah[18]). Andere Klagen gab es, wo das Läugnen die Strafe des Doppelten nach sich zog[19]), was bei einigen noch im neuesten Rechte beibehalten ist[20]). Wo weder eine Sponsion noch eine solche Erhöhung Statt fand, konnte der Kläger vom Beklagten bei allen Klagen, die aufs Einfache giengen, einen Eid vor Gefährde ver-

12) Cicero pro Rosc. Com. 4., Gaius IV. 53—55. 57—60. 68., §. 33. J. de act. (4. 6), Sueton. Claud. 14., Fragm. Vatic. §. 53., Consult. vet. iurisc. c. 5.

13) C. 1. 2. C. de plus petit. (3. 10), §. 33. J. de act. (4. 6).

14) Exceptio litis dividuae und litis residuae, Gaius IV. 56. 58. 59. 122.

15) §. 34. J. de act. (4. 6).

16) Pr. J. de poen. temere litig. (4. 16).

17) Gaius IV. 141. 162—167.

18) Gaius IV. 13. 171., Cicero pro Rosc. Com. 4. 5.

19) Gaius IV. 9. 171., Paul. sent. rec. I. 19. §. 1., Cicero pro Flacco 21. Mehr darüber findet man in den Abhandlungen von C. Sell in dessen Jahrbüchern II. 1—64. 175—251., Huschke in Savigny Zeitschr. XIII. 256—284., Rudorff in Savigny Zeitschr. XIV. 287—478.

20) §. 1. J. de poen. temere litig. (4. 16), §. 26. J. de act. (4. 6), §. 7. J. de obl. quasi ex contr. (3. 27).

langen[21]); Justinian machte sogar dessen Leistung überall zur Pflicht[22]). Nicht blos gegen das Processiren, sondern eigentlich gegen die Niederträchtigkeit der Handlung selbst[23]) war die Vorschrift gerichtet, dass bei gewissen Klagen die Verurtheilung die Infamie zur Folge hatte[24]).

779. Umgekehrt aber war auch der Beklagte gegen den Kläger durch ähnliche Mittel geschützt[25]). Er konnte von Diesem einen Eid vor calumnia fordern, oder gegen ihn, wenn eine absichtliche Vexation erweislich war, mit dem iudicium wegen calumnia auf ein Zehntheil, bei Interdicten auf ein Viertheil klagen[26]). Dieses iudicium ist später abgekommen, der Eid, aber allmählig bei mehreren[27]), endlich von Justinian bei allen Klagen zur gesetzlichen Pflicht gemacht worden[28]). Statt jenes iudicium war im alten Recht nach gewissen Klagen auch ohne den Beweis absichtlicher Vexation ein contrarium iudicium auf ein Zehntheil oder ein Fünftheil gestattet. Das Eine wie das Andere war jedoch unzulässig, wenn der Eid vor calumnia verlangt und geleistet worden war[29]). Endlich konnte in allen Fällen, wo eine pönale Sponsion eingegangen worden, aus der Restipulation gegen den Kläger geklagt werden[30]).

---

21) Gaius IV. 172. 173., fr. 44. §. 4. D. famil. herc. (10. 2).

22) C. 2. pr. C. de iureiur. propt. calumn. (2. 59).

23) Cicero pro Rosc. Amer. 38. 39., pro Rosc. Com. 6., pro Caecina 2. 3.

24) Gaius IV. 182., §. 2. J. de poena temere litig. (4. 16), fr. 1. D. de his qui not. (3. 2).

25) Gaius IV. 174.

26) Gaius IV. 175. 176. 178., Dioclet. in Consult. veter. iurisc. c. 6.

27) Zum Beispiel fr. 6. §. 2. fr. 9. §. 3. D. de edendo (2. 13), fr. 5. §. 14. D. de oper. novi nunc. (39. 1), fr. 13. §. 3. D. de damno inf. (39. 2).

28) §. 2. J. de poena temere litig. (4. 16), c. 2. pr. C. de iureiur. propt. calum. (2. 59).

29) Gaius IV. 177—179.

30) Gaius IV. 13. 180. 181. Von der letzten Stelle handelt Huschke Gajus S. 200—282.

780. Zu den Nachtheilen des ungerechten Processirens gehörte auch der dem Gegner zu leistende Ersatz der Processkosten[31]. Dieser traf den unterliegenden Theil immer, wenn nicht augenscheinliche Beweise seines guten Glaubens vorlagen[32], der Richter konnte aber noch ein Zehntheil mehr als fiscalische Strafe auferlegen[33]. Eine ausdrückliche Condemnation in die Kosten war ursprünglich nicht erforderlich[34]; später aber wurde sie den Richtern bei Strafe des eigenen Ersatzes zur Pflicht gemacht[35]. Zur Verhütung übermässiger Forderungen sollte die Kostenrechnung beschworen werden[36]. In dieselbe gehörten natürlich auch die Sporteln. Da aber insbesondere die vom Beklagten bei der Ladung nach Verhältniss des Streitobjectes zu entrichtenden Sporteln als Mittel der Chicane benutzt wurden, so verordnete Justinian wider übermässige Angaben die Strafe des dreifachen Ersatzes[37], und überhaupt eine Caution, dass binnen zwei Monaten wirklich lis contestirt, oder sonst die bis dahin verursachten Kosten zwiefach ersetzt würden[38]. Nach einer anderen Constitution sollte wegen der Fortsetzung des Processes und wegen des Kostenersatzes eine dem zehnten Theil der Klagsumme gleichstehende Caution gestellt werden[39].

31) Fr. 79. pr. D. de iudic. (5.1), §. 1. J. de poena temere litig. (4. 16).

32) C. 1. C. Th. de fruct. et lit. exp. (4. 18), c. 5. C. de fruct. et. lit. exp. (7. 51), c. 13. §. 6. C. de iudic. (3. 1).

33) C. 5. C. de fruct. et lit. exp. (7. 51).

34) C. 1. C. Th. de fruct. et lit. exp. (4. 48).

35) C. 3. 5. C. de fruct. et lit. exp. (7. 51), c. 13. §. 6. C. de iudic. (3. 1).

36) C. 13. §. 6. C. de iudic. (3. 1), nov. 82. c. 10.

37) §. 24. J. de act. (4. 6), Theophil. IV. 6. §. 24.

38) Nov. 36. praef. c. 1.

39) Nov. 112. c. 2.

Vierzehntes Kapitel.

Von den Procuratoren und Advocaten[1]).

781. Zur Zeit der legis Actionen konnte ein Bürger für den Anderen in der Regel nicht vor Gericht handeln[2]). Im Formularprocess wurde dieses in der Art möglich gemacht, dass der Kläger oder der Beklagte dem Gegner, persönlich, vor Gericht[3]), in einer bestimmten Formel, Einen als seinen Vertreter bezeichnete[4]). Ein so bestellter Processführer wurde ein Cognitor genannt. Der Grundgedanke dabei war, dass er durch jene feierlichen Worte dem Gegner in der unbedingtesten Weise als der Stellvertreter des dominus genannt sei, dass er daher in allen Stücken nicht in eigenem Namen sondern domini loco handle[5]), und gleichsam wie ein Werkzeug desselben mit ihm für die Processführung als eine einzige Person anzusehen sei. Er gab sich also bei der Litiscontestation als aus dem Recht und zum Vortheil des dominus klagend oder sich vertheidigend an[6]); die intentio wurde daher aus der Person des dominus entlehnt[7]), und die Litiscontestation bewirkte so, als ob der dominus selbst sie vollzogen hätte, in den geeigneten Fällen eine Consumtion der ursprüng-

1) Bethmann-Hollweg Ueber die Repräsentation im Processe (Versuche S. 138—249).

2) Gaius IV. 82., pr. J. de iis per quos agere (4. 10). In diesen Stellen sind die Ausnahmen genannt. Man sehe über dieselben Keller §. 54., Rudorff II. §. 26.

3) Dieses Erforderniss bestreitet Keller §. 52. Note 614.

4) Gaius IV. 83., interpr. ad c. 7. C. Th. de cognit. (2. 12), Fragm. Vatic. §. 318. 319., Festus v. cognitor, (Ascon.) in divin. 4. p. 104 Orell.

5) Gaius IV. 97.

6) Cicero pro Rosc. Com. 18.

7) Gaius IV. 86. 87.

lichen obligatio [8]), und daher auch, wie in jenem Falle [9]), eine Befreiung der Bürgen. Die Condemnation wurde allerdings auf die Person des Cognitors ausgesprochen, weil er dazu vom Herrn hingestellt war [10]). Allein die actio aus dem Judicate wurde dem dominus und wider den dominus selbst gegeben, weil der Cognitor nur dessen Werkzeug gewesen war [11]).

782. Später wurden auch andere Arten von Vertretern zugelassen: der Tutor und Curator, ein ohne Förmlichkeit beauftragter Procurator [12]), ja nach Mehrerer Meinung ein freiwillig auftretender Geschäftsführer [13]), was jedoch nicht als Regel anerkannt [14]), sondern nur unter besonderen Umständen zugestanden wurde [15]). Auch hier wurde aus demselben Grunde wie vorhin die Klage oder Vertheidigung aus dem Recht des dominus entnommen, und die Condemnation auf die Person des Procurators gestellt [16]). Allein da hier die formelle Bestellung fehlte, so war er nicht eine und dieselbe Person mit dem dominus, sondern sie blieben zwei unterschiedene Personen. Der Procurator nahm daher die Sache auf sich und seine eigene Gefahr; er machte sich also durch die Litiscontestation gleichsam zum Eigenthümer des Processes [17]); die Litiscon-

8) Man sehe §. 720.

9) Man sehe §. 619. Note 30. 32., Keller §. 60. Note 709.

10) Gaius IV. 86. 87.

11) Fragm. Vatic. §. 317.,. Gaius IV. 97., Paul. sent. rec. I. 2. §. 4., c. 7. C. Th. de cognit. (2. 12).

12) Gaius IV. 82. 84. 85., Paul. sent. rec. I. 3. §. 1., Festus v. cognitor, (Ascon.) in divin. 4. p. 104 Orell., Fragm. Vatic. §. 335.

13) Gaius IV. 84.

14) Fr. 6. §. 12. D. de negot. gest. (3. 5), fr. 5. §. 4. D. praescr. verb. (19. 5).

15) Fr. 35. pr. fr. 40. §. 4. fr. 41. D. de procur. (3. 3), fr. 8. pr. fr. 31. §. 6. D. de negot. gest. (3. 5).

16) Gaius IV. 86. 87., Theophil. IV. 10. §. 2.

17) Fr. 11. pr. D. de doli exc. (44. 4), fr. 4. §. 5. D. de appell. (49. 1), c. 22. 23. C. de procur. (2. 13). Nicht so ist es beim Cognitor; dieser bleibt auch nach der Litiscontestation domini loco, Gaius

testation durch einen Procurator des Klägers vollzogen bewirkte nicht die Consumtion von dessen Klagrecht[18]), sondern nur die durch einen Procurator des Beklagten[19]), und das Judicat bewirkte eine actio oder exceptio nur für und wider den Procurator, nicht unmittelbar für und gegen den Herrn[20]). Diese allzu formelle Behandlungsweise wurde jedoch stufenweise gemildert. Erstlich wurde der Processführung der Tutoren und Curatoren die Kraft die Sache ins iudicium zu deduciren[21]), also dem Judicate eine Wirkung für und wider den Mündel selbst beigelegt[22]).

IV. 97. Anderer Meinung sind freilich Bethmann-Hollweg Versuche S. 169., Zimmern Civilprocess §. 158. 159., Puchta Institutionen II. §. 156., Keller §. 52. Note 613., Rudorff II. §. 72. Note 3. Diese lassen auch den Cognitor durch die Litiscontestation dominus litis werden. Allein Stellvertreter des Eigenthümers und selbst Eigenthümer des Processes zu sein sind zwei zu einander nicht passende Begriffe. Auch stimmen dazu durchaus nicht die in der Note 11. genannten Wirkungen. Selbst Bethmann-Hollwog sagt: der Cognitor werde dominus litis in geringerem Masse als der Procurator, weil er den dominus vollständiger repräsentire.

18) Gaius IV. 98. Anderer Meinung ist Huschke in Savigny Zeitschr. XIV. 64—70. Dieser will das periculum, wovon diese Stelle redet, blos auf den Fall beschränken, wo ein Procurator klagte, der dazu vom dominus keinen Auftrag hatte. Dieses ist aber augenscheinlich ganz willkührlich. Damit fällt auch dessen Erklärung der gleich zu nennenden Stelle Ciceros zusammen.

19) Von diesem Falle redet Cicero ad Att. XVI. 15, 1. 2. Der Unterschied liegt in der Natur der Sache. Wenn der Procurator des Klägers litem contestirt, so kann er dadurch nicht eine Novation bewirken und an die Stelle des dominus treten, weil es dazu an dessen formellen Willenserklärung fehlt. Wenn hingegen der Kläger mit dem Procurator des Beklagten litem contestirt, so ist zur Novation nichts erforderlich, als seine formelle Erklärung, den Procurator als seinen Schuldner an der Stelle des alten Schuldners annehmen zu wollen, und diese ist von selbst in der Litiscontestation enthalten. Man kann ja eine solche Novation ganz ohne Vorwissen des alten Schuldners vornehmen. Man sehe auch Keller §. 61. Note 720.

20) Fragm. Vatic. §. 317. 332.

21) Fr. 22. D. de adm. et peric. tut. (26. 7), fr. 17. §. 2. D. de iureiur. (12. 2).

22) Fr. 2. D. de adm. et peric. (26. 7), fr. 6. D. quando ex facto

Ferner stellte man den Procurator, welcher vom Herrn durch eine persönlich zu Protocoll gegebene Erklärung ernannt war, einem Cognitor gleich [23]). Endlich wurde von jeder Art von Procuratoren [24]), ja selbst von einem freiwilligen Geschäftsführer nach erfolgter Ratihabirung [25]), die Sache als rechtsgültig ins iudicium deducirt angesehen und die actio aus dem Judicate dem Herrn selbst, nicht dem Vertreter gegeben. Der Gebrauch der Cognitoren hörte daher ganz auf [26]), und danach wurden beim Sammeln der Pandecten viele Stellen verändert. Eben so wurde die Unterscheidung zwischen dem persönlich und abwesend bestellten Procurator vielfach vertilgt [27]).

783. Klagte ein Cognitor, so machte schon die Art seiner Bestellung eine Caution wegen der Ratihabirung des Herrn entbehrlich; hingegen Vertreter anderer Art mussten dafür caviren, weil der Strenge nach der Herr noch selbst hätte klagen können [28]). Den Vormündern wurde dieses jedoch in Verbindung mit der oben genannten Aenderung erlassen [29]); dann auch dem persönlich zu Protocoll bestellten Procurator [30]). Im neuesten Recht hat daher nur der abwesend ernannte Procurator und der ohne Auftrag

(26. 9), fr. 11. §. 7. D. de exc. rei iud. (44. 2), c. 1. C. quando ex facto (5. 39).

23) Fragm. Vatic. §. 317. 331. 332., c. 7. C. Th. de cognit. (2. 12).

24) Fr. 11. §. 7. D. de. exc. rei iud. (44. 2), fr. 28. D. de procur. (3. 3), fr. 6. §. 3. D. quod cuiusc. univ. (3. 4), fr. 86. D. de solut. (46. 3).

25) Fr. 56. D. de iudic. (5. 1), fr. 27. pr. fr. 66. D. de procur. (3. 3), fr. 25. §. 2 D. de exc. rei iud. (44. 2), c. 1. C. quib. res iud. (7. 56).

26) Tit. J. de iis per quos agere (4. 10).

27) Ein Beispiel giebt fr. 67. D. de procur. (3. 3) verglichen mit den Fragm. Vatic. §. 328. 332.

28) Gaius IV. 97. 98., pr. J. de satisd. (4. 11).

29) Gaius IV. 99., fr. 23. D. de adm. et peric. (26. 7), Theophil. IV. 11. pr, c. 1. C. de procur. (2. 13).

30) Fragm. Vatic. §. 317. 333.

klagende Geschäftsführer wegen der Ratihabirung zu caviren[31]).

784. Gleichwie zur Klage, so wurden auch zur Vertheidigung ausser den Cognitoren auch die anderen Arten von Vertretern[32]), selbst ein freiwillig auftretender Defensor[33]) zugelassen, und die Formel der Condemnation danach umgewandelt[34]). Eine actio gegen den Herrn entsprang aber aus dem Judicate hier ursprünglich nur bei der Processführung durch einen Cognitor[35]); erst später auch bei der durch einen Procurator[36]) oder durch einen Vormund[37]). Eine exceptio für den Herrn bewirkte das Judicat selbst bei der Vertheidigung durch einen unbeauftragten Defensor, weil die Sache mit ihm ins iudicium deducirt war[38]); eine actio gegen den Herrn aber nicht[39]).

785. In allen Fällen der Vertheidigung durch einen Anderen musste wegen der Erfüllung des Judicates Sicherheit bestellt werden, und zwar bei der Vertheidigung durch einen Cognitor vom Herrn selbst, sonst vom Vertreter[40]). Im neuesten Rechte, wo überhaupt dieser Fall der einzige ist, in welchem noch jene Caution zu leisten ist[41]), wird unterschieden. Bestellt der Herr persönlich gegenwärtig einen Procurator, so leistet er auch jene Sicherheit selbst; tritt aber Einer als Defensor für einen Abwesenden auf,

31) §. 3. J. de satisd. (4. 11).

32) Gaius IV. 82—84.

33) Fr. 33. §. 2. D. de procur. (3. 3), fr. 1. D. de neg. gest. (3. 5).

34) Gaius IV. 87., Theophil. IV. 10. §. 2., c. 1. C. de sentent. (7. 45).

35) Man sehe Note 11. 20.

36) Fr. 4. pr. §. 2. D. de re iud. (42. 1), fr. 28. 31. 40. §. 2. fr. 61. D. de procur. (3. 3).

37) Fr. 1. §. 2. fr. 2. pr. D. de adm. et per. tut. (26. 7). fr. 7. D. quando ex facto (26. 9), fr. 15. D. si quis caut. (2. 11), fr. 4. §. 1. D. de re iud. (42. 1), c. 1. C. quando ex facto (5. 39).

38) Fr. 11. §. 7. D. de exc. rei iud. (44. 2).

39) Fr. 28. 61. D. de procur. (3. 3).

40) Gaius IV. 101., Fragm. Vatic. §. 317.

41) Man sehe §. 744. Note 45.

so muss er die Caution geben[42]). In gewissen Fällen hat aber der Vertreter daneben auch wegen der Ratihabirung zu caviren[43]).

786. Uebrigens bezeichnete aber das Edict gewisse Personen, die nicht einen Cognitor bestellen, oder die nicht als Cognitoren bestellt werden durften, und dieses ist auch auf die Procuratoren ausgedehnt worden[44]). Beides war namentlich den Infamirten verboten[45]), bis dass Justinian es aufhob[46]). Hingegen wurde nun den hohen Standespersonen persönlich vor Gericht aufzutreten als unanständig untersagt[47]).

787. Zur Belehrung über das Juristische diente zur Zeit der Republik ein advocirter Rechtsgelehrter[48]), für die mündlichen Anträge und Verhandlungen ein wegen Freundschaft oder Berühmtheit des Namens dazu erbetener Redner oder Patron[49]). Dieses galt als ein Ehrendienst; daher wurde durch die lex Cincia vom Jahr 550 jede Art von Remuneration dafür verboten[50]). Mit der Abnahme der alten Gesinnung verwandelte es sich aber in eine lucrative Beschäftigung, und es wurde nach vergeblichen Versuchen das alte Verbot aufrecht zu erhalten von Claudius das Annehmen eines Honorars bis auf die Summe von zehntausend Sestertien für eine Rechtssache gestattet[51]).

42) §. 4. 5. J. de satisd. (4. 11). In diesem Sinne ist fr. 10. D. iudicat. solvi (46. 7) richtig interpolirt, wo in der ersten Hälfte cognitor statt procurator stand.

43) Fr. 39. §. 5. 6. 7. fr. 40. §. 2. D. de procur. (3. 3), fr. 6. D. ratam rem hab. (46. 8).

44) Fragm. Vatic. §. 322. 323., Gaius IV. 124.

45) Paul. sent. rec. I. 2. §. 1., Fragm. Vatic. §. 320. 321. 324.

46) §. 11. J. de except. (4. 13), Theophil. IV. 13. §. 11.

47) C. 25. C. de procur. (2. 13), nov. 71.

48) Cicero pro Murena 12., Topic. 17. Gut handelt von den Advocaten Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 16.

49) (Ascon.) in divin. 4. p. 104 Orell., Cicero pro Quint. 8., pro Cluent. 40., de orat. III. 33.

50) Tacit. ann XI. 5.

51) Dio Cass. LIV. 18., Tacit. ann. XI. 6. 7.

Neue Bestimmungen erschienen darüber unter Nero [52]; doch wurde jene Summe beibehalten und später in die entsprechende Summe von hundert aurei umgesetzt [53]). Die Unterscheidung zwischen den Rechtsgelehrten, welche Belehrungen und Gutachten ertheilten, und denjenigen, welche vor Gericht die Verhandlungen führten und Reden hielten, blieb bis in die spätere Kaiserzeit [54]), nur wurden jetzt Letztere causidici, advocati, patroni genannt [55]). Uebrigens stand das Postuliren regelmässig Jedem frei; nur gewisse Personen waren durch das Edict dazu unfähig erklärt, namentlich Weiber und Infamirte [56]); auch konnte Einem das Advociren durch die Obrigkeit zur Strafe interdicirt werden [57]). Später wurde aber das Verhältniss künstlicher eingerichtet. Bei jedem Gericht wurde nun nur eine bestimmte Zahl [58]) über ihre Herkunft, Studienzeit und Kenntnisse gehörig geprüfter [59]) Advocaten zugelassen; Ueberzählige mussten warten [60]). Die Immatriculirten bildeten ein Collegium mit Corporationsrechten [61]) und mancherlei persönlichen Privilegien [62]), waren aber auch in Beziehung auf die Pflichten ihres Amtes einer besonderen Disciplin

52) Tacit. ann. XIII. 5. 42., Sueton. Nero 17.

53) Plinius V. 21., fr. 1. §. 10—13. D. de extr. cognit. (50. 13). Doch gab es noch Einzelne, welche unentgeltlich für Andere auftraten, Plinius V. 14., Lamprid. Alex. Sever. 44.

54) Gut zeigt dieses Rudorff in Savigny Zeitschr. XIII. 57—61.

55) Tacit. de caus. corr. eloq. 1., fr. 1. §. 4. D. de postul. (3. 1).

56) Fr. 1. pr. §. 1. 3. 5. 6. 7. 8. 11. D. de postul. (3. 1).

57) Fr. 9. pr. §. 1—8. D. de poen. (48. 19). fr. 6. §. 1. fr. 8. D. de postul. (3. 1).

58) C. 2. C. Th. de postul. (2. 10), c. 8. 11. 13. pr. C. de adv. div. iudicior. (2. 7), c. 3. 5. pr. c. 7. pr. C. de adv. div. iudicum (2. 8). Vorübergehend war c. 1. C. Th. de postul. (2. 10).

59) C. 11. §. 1. c. 17. pr. C. de adv. div. iudicior. (2. 7), c. 3. §. 4. c. 5. §. 4. C. de adv. div. iudic. (2. 8).

60) C. 11. §. 1. c. 13. C. de adv. div. iudicior. (2. 7), nov. Theodos. tit. X. de postul. c. 1.

61) C. un. C. de incert. pers. (6. 48).

62) C. 3. 6. C. de adv. div. iudicior. (2. 7), nov. Theodos. tit X. de postul. c. 1.

unterworfen[63]). Mit jenem Collegium war das von Hadrian eingesetzte Amt des Advocaten des Fiscus[64]) in eine eigenthümliche Verbindung gebracht. Dieses Amt stand beim Gericht des Präfecten des Orients den beiden Aeltesten des Collegiums zu, die aber nach einem Jahre zu höheren Würden ausschieden[65]). Bei den anderen Gerichten führte es nur Einer, und dieser schied nach zwei Jahren aus[66]).

63) C. 7. §. 2. 3. c. 9. C. de adv div. iud. (2. 8), c. 12. C. de except. (8. 36), c. 13. §. 9. C. de iudic. (3. 1), c. 5. 7. C. de postul. (2. 6), c. 4. C. Th. de postul. (2. 10).

64) Man sehe §. 740.

65) C. 8. 10. C. de adv. div. iudicior. (2. 7), c. 4. §. 1. C. de adv. div. iudic. (2. 8).

66) C. 12. 13. 16. C. de adv. div. iudicior. (2. 7), c. 1. 3. 5. C. de adv. div. iudic. (2. 8).

Fünftes Buch.

Von den Vergehen und Strafen[1]).

Erstes Kapitel.

Allgemeine Grundsätze.

788. In der alten Zeit, wo die Religion in die Verfassung innigst verflochten war, war auch das Strafrecht von diesem Geiste durchdrungen. Von dem Glauben erfüllt, dass die Missethat Fluch und Verderben über den Thäter, seine Habe, sein Geschlecht und das ganze Volk herbeiziehe[2]), verlangte das Gemeinwesen bei schweren Verbrechen Sühne durch Strafe oder andere ausserordentliche Mittel[3]). Auch die Todesstrafe bezogen die Gesetze auf jenen Grund; sie weihten das schuldige Haupt den

---

1) W. Rein das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. Leipzig 1844.

2) Vegoia (Röm. Feldmesser I. 350). Qui contigerit moveritque possessionem, promovendo suam, alterius minuendo, ob hoc scelus damnabitur a Diis. Si servi faciant, dominio mutabuntur in deterius. Sed si conscientia dominica fiet, celerius domus exstirpabitur, gensque eius omnis interiet. Motores autem pessimis morbis et vulneribus afficientur, membrisque suis debilitabuntur. Tum etiam terra a tempestatibus vel turbinibus plerumque labe movebitur. Fructus saepe laedentur decutienturque imbribus atque grandine, caniculis interient, robigine occidentur, multae dissensiones in populo. Fieri haec scitote, cum talia scelera committuntur. Propterea neque fallax neque bilinguis sis. Disciplinam pone in corde tuo.

3) Livius I. 26., Dionys. III. 22., Tacit. ann. XII. 8.

Göttern[4]), so dass die Obrigkeit den Verbrecher an dem den finstern Mächten geheiligten Baum aufknüpfen[5]), oder Jeder ihn ungestraft tödten konnte[6]); sein Vermögen aber wurde zu Opfern und Supplicationen verwendet[7]).

789. Etwas mehr Licht gewinnt man aus den Bruchstücken der zwölf Tafeln. In diesen erscheint die enge Verbindung des Strafrechts mit dem Sacralrecht gemindert; es wurden die wichtigeren Vergehen mit ihren Strafen verzeichnet, und zwar lässt sich darin eine zwiefache Unterscheidung erkennen. Einige waren mit einer öffentlichen Strafe, wenn auch nur Wenige mit einer Todesstrafe bedroht[8]). Bei Anderen bestand die Strafe in einer Busse an den Verletzten, oder zielte blos auf dessen Genugthuung, so dass ihm darüber ein Vergleich gestattet war[9]). Hieraus erwuchs bei der Ausbildung des Rechts die Eintheilung in delicta privata und crimina publica[10]). Erstere begründeten einen vor den gewöhnlichen Civilgerichten zu verfolgenden obligatorischen Anspruch; letztere eine Anklage bei der Bürgerschaft. Erstere waren wie andere Theile des Privatrechts auch der Gegenstand der Bestimmungen des prätorischen Edicts; letztere hiengen blos von der Gesetzgebung ab. Gegen das Ende der Republik, als der Verfall der Sitten und der Untergang der alten Einrichtungen eine durchgreifende Reform des Strafrechts nöthig machten, wurden sie daher ein Gegenstand der besonderen Aufmerksamkeit der ordnenden Machthaber des Staats. Es erschienen über die wichtigsten Arten von Verbrechen ausführliche Volksschlüsse, wodurch für Jedes ein stehen-

4) Festus v. aliuta, plorare, sacratae, termino, Dionys. II. 10. VI. 89., Livius II. 8. III. 55.

5) Infelici arbore, Livius I. 26., Plinius hist. nat. XVIII. 3.

6) Dionys. II. 10. VI. 89. Man sehe auch §. 160. Note 235. 236.

7) Servius ad Aen. I. 632., Festus v sacratae, Livius II. 8. III. 55, Dionys. VIII. 79. X. 42.

8) Cicero de re publ. IV. 10.

9) Festus v. talionis, Gaius III. 223.

10) Fr. 17. §. 18. D. de aedil. ediet. (21. 1).

der Gerichtshof niedergesetzt und sowohl die Procedur wie das Mass der Strafe genau bestimmt wurden. Von dieser Art sind die Cornelischen Gesetze des Sylla, die des Pompejus, die Julischen Gesetze des Cäsar und Octavian. Die durch solche Gesetze geordneten Anklagen vor den stehenden Gerichtshöfen wurden nun als die Regel angesehen. Den Gegensatz davon bildete das extra ordinem quaerere, wo das Volk selbst oder eine für den einzelnen Fall niedergesetzte Commission richtete [11]).

790. Unter den Kaisern traten zwar andere Behörden mit einem veränderten Verfahren an die Stelle der alten Gerichtshöfe. Doch wurden sowohl hinsichtlich des Begriffes der Verbrechen wie hinsichtlich der Bestrafung noch immer die alten Gesetze zum Massstabe genommen [12]), und nur diejenigen peinlichen Anklagen, welche auf den Grund dieser Gesetze geschahen, wurden iudicia publica genannt [13]). Daneben wurden allerdings mancherlei Handlungen, die in den Gesetzen nicht vorgesehen waren, durch kaiserliche Rescripte und durch die Jurisprudenz ebenfalls als im Wege peinlicher Anklage zu bestrafende Verbrechen erklärt [14]). Allein solche Verbrechen wurden, zum Unterschiede von den vorigen, extraordinaria crimina [15]) oder auch privata crimina [16]) genannt. Bei deren Bestrafung war insgemein dem Richter eine grosse Freiheit gelassen [17]), selbst bis

11) Man sehe unten Kap. VI. Note 6—8.

12) Fr. 8. D. de publ. iudic. (48. 1), §. 15. §. 1. D. ad SC. Turpill. (48. 16).

13) Fr. 1. D. de publ. iudic. (48. 1).

14) Fr. 1. 2. pr. D. expil. hered. (47. 19), fr. 3. D. de priv. delict. (47. 1).

15) Tit. D. de extraord. (47. 11).

16) Fr. 1. §. 3. D. de poen. (48. 19), fr. 3. D. de extr. crim. (47. 11), fr. 2. D. de concuss. (47. 13), fr. 2. D. de abig. (47. 14), fr. 3. D. de praevar. (47. 15), fr. 1. D. stellion. (47. 20), fr. 1. D. de publ. iudic. (48. 1).

17) Fr. 1. §. 1. 2. D. de effract. (47. 18), fr. 3. §. 2. D. stellion. (47. 20), fr. 8. §. 2. D. de relig. (11. 7), fr. 4. D. de custod. reor. (48. 3), c. 3. C. de his qui accus. (9. 1).

zur Todesstrafe hin [18]). Ja auch bei den ordentlichen Verbrechen erhielt nun das richterliche Arbitrium in Bestimmung des Masses der Strafe einen weiten Spielraum [19]).

791. Im Laufe der Zeit wurden auch mehrere Privatdelicte theils durch Gesetze theils ausserordentlicherweise mit öffentlichen Strafen belegt [20]). Der Kläger hatte dann zwischen der Privatklage und der Accusation die Wahl [21]). Wenn jedoch auf dem einen Wege Bestrafung erfolgt war, so konnte auf dem anderen nicht mehr geklagt werden [22]); auch durfte in der Regel einer Privatstrafe nicht eine ausserordentliche hinzugefügt werden [23]). Die Verfolgung des reinen Civilanspruchs war aber neben der Criminalklage zulässig [24]); nicht gestattet hingegen die Pönalverfolgung aus dem Gesichtspunkt des Privatdelicts, wenn die Handlung eigentlicher unter ein öffentliches Verbrechen anderer Art gehörte [25]).

18) Fr. 9. D. de extraord. crim. (47. 11).

19) Fr. 11. pr. fr. 13. D. de poen. (48. 19).

20) Beispiele geben fr. 92. D. de furt. (47. 2), fr. 5. pr. §. 9. 10. fr. 45. D. de iniur. (47. 10), fr. 10. J. de iniur. (4. 4).

21) Fr. 3. D. de priv. delict. (47. 1), fr. 92. D. de furt. (47. 2).

22) Fr. 6. D. de iniur. (47. 10), fr. 4. D. de publ. iudic. (48. 1), fr. 2. §. 1. D. de vi bon. rapt. (47. 8).

23) Fr. 56. §. 1. D. de furt. (47. 2). Eine Ausnahme enthält fr. 9. §. 5. D. de public. (39. 4).

24) C. un. C. quando civil. act. (9. 31), c. 3. 4. C. de ord. iudic. (3. 8).

25) Fr. 7. §. 1. D. de iniur. (47. 16).

Zweites Kapitel.

Von den Privatdelicten.

792. Zur Zeit der ausgebildeten Jurisprudenz nannten die Römer als Privatdelicte die Entwendung (furtum), die Beraubung (rapina), die Injurie und die widerrechtliche Beschädigung (damnum iniuria datum). Doch sollte diese Aufzählung nicht vollständig sein[1]); auch waren mehrere zu jenen Vergehen gehörende Fälle mit öffentlichen Strafen belegt, die doch des Zusammenhangs wegen hier mit anzuführen sind.

793. Ein furtum[2]) war nur an beweglichen Sachen und an in einer Gewalt stehenden Personen möglich[3]). Die Meinung des Sabinus, dass auch Grundstücke gestohlen werden könnten, wurde nicht gebilligt[4]). Ein solches Vergehen wurde in der ältesten Zeit als ganz besonders schimpflich angesehen. Nach den zwölf Tafeln sollte daher der fur ausgepeitscht, und wenn er ein Freier war, dem Bestohlenen addicirt werden, wodurch er dessen servus oder nach einer anderen Auslegung wie ein adjudicatus wurde[5]). Das Vergehen war also damals capital, und es wurde unstreitig auch Jeder zu dessen Verfolgung zugelassen. Eben wegen dieser unverhältnissmässig harten auf Abschreckung berechneten Strafe verlangte man aber auch den unzweifelhaften Beweis der Schuld durch die Ertappung des Diebes auf der handhaften That. Wo dieses fehlte verordneten die zwölf Tafeln als Strafe nur den Ersatz des

1) Gaius III. 182., pr. J. de obl. quae ex del. (4. 1).

2) Observationes de furtis pro diversitate probationum varie punitis. Scripsit Nicolaus Handjery princeps. Bonnae 1857.

3) Gaius III. 199.

4) Gaius II. 51., Gellius XI. 18.

5) Gaius III. 189. IV. 111., Gellius XI. 18. Ueber den Unterschied sehe man §. 509.

doppelten Werthes[6]). Hierauf baute nun das Edict in seiner mildernden Weise fort. Es wurde das furtum manifestum und nec manifestum unterschieden. Ersteres ist dasjenige, wo der Dieb noch in der That, oder am Orte der That, oder mit der Sache ehe er sie in Gewahrsam gebracht, gefunden wird[7]). Dabei wandelte das Edict die capitale Strafe in die Busse des vierfachen Ersatzes um; für das furtum nec manifestum behielt es die poena dupli bei[8]). Daneben konnte aber mit der condictio furtiva gegen den Dieb auch auf Rückgabe der Sache oder deren Werthes geklagt[9]), oder auch unter den gewöhnlichen Voraussetzungen die Vindication angestellt werden[10]), und gegen diese sollte schon nach den zwölf Tafeln und nach der lex Atinia auch der unschuldige Erwerber nicht durch die Usucapion geschützt sein[11]). Wurde die Strafsumme und der Werthersatz, wie gewiss häufig, nicht aufgebracht, so konnte allerdings der fur auch noch später dem Verletzten adjudicirt werden, um bei ihm die Schuld abzuverdienen[12]). Etwas Eigenthümliches war, dass schon das Gesetz der zwölf Tafeln wegen eines furtum unter den Partheien einen Vergleich gestattete[13]), was pro fure damnum decidere hiess[14]), wodurch die Klage ipso iure, nicht blos

6) Gaius III. 190.

7) Gaius III. 183—185., §. 1—3. J. de obl. quae ex del. (4. 1), fr. 3—8. D. de furt. (47. 2), Paul. sent. rec. II. 31. §. 2., Gellius XI. 18.

8) Gaius III. 189. 190. IV. 111. 173., §. 5. J. de obl. ex del. (4. 1), Gellius XI. 18., Theophil. IV. 12. pr.

9) Man sehe §. 592.

10) Paul. sent. rec. II. 31. §. 13., §. 19. J. de obl. ex del. (4. 1), fr. 54. §. 3. D. de furt. (47. 2).

11) Gaius II. 45. 49. 50., Gellius XVII. 7., §. 2. J. de usuc. (2. 6).

12) Daher sagte Cato noch von seiner Zeit: Fures privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt, Gellius XI. 18.

13) Davon handeln: Rudorff in Savigny Zeitschr. XIV. 294. 295., Röm. Rechtsgesch. II. §. 106., Keller Civilprocess §. 15. Note 220. §. 83. Note 1022., Huschke Gajus S. 121.

14) Fr. 7 pr. D. de cond. furt. (13. 1), fr. 46. §. 5. D. de furt. 47. 2).

ope exceptionis, aufgehoben wurde [15]). Dadurch wurde, wenn der fur Vermögen hatte, die harte Strafe des furtum manifestum regelmässig abgewendet. Unter dem Edict gestaltete sich dieses so, dass die Aufforderung zum Vergleich als Civilklage der prätorischen actio quadrupli oder dupli vorhergehen musste [16]). Die condictio furtiva wurde aber durch den Vergleich nicht aufgehoben [17]).

794. Wider denjenigen, welchen der Bestohlene als den Thäter angab, war ihm nach den zwölf Tafeln die Haussuchung gestattet, wenn er solche ganz entkleidet, blos mit einem Gürtel und einem Becken versehen, vornahm, und der so ermittelte Diebstahl (furtum per licium et lancem conceptum) wurde, theils weil die Schuld klar vorlag, theils weil der Thäter es so weit hatte kommen lassen, wie ein furtum manifestum bestraft [18]). Gegen denjenigen, wobei man in gewöhnlicher Weise vor Zeugen die Sache gesucht und gefunden hatte, galt, wenn er auch nicht der Dieb war, sowohl nach den zwölf Tafeln wie nach dem Edict die actio furti concepti aufs Dreifache [19]),

15) Fr. 7. §. 14. fr. 17. §. 1. D. de pact. (2. 14), fr. 54. §. 5. D. de furt. (47. 2), c. 13. C. de furt. (6. 2).

16) Gaius IV. 37. 45. Anders hat sich Rudorff die Sache zurecht gelegt. Ursprünglich sei der Vergleich facultativ gewesen, aber beim furtum manifestum regelmässig aufs Vierfache gegangen; der Präter habe dieses und beim furtum nec manifestum das Doppelte zur Nothwendigkeit gemacht; die actio quadrupli und dupli sei also nichts anders als die auf ein bestimmtes Mass angewiesene Klage auf pro fure damnum decidere opertere. Allein dawider ist erstlich, dass ein auf ein nothwendiges gesetzliches Mass angewiesener Vergleich kein Vergleich ist. Zweitens wird ausdrücklich bezeugt, dass der Vergleich auf weniger als das quadrupium und dupium gehen konnte, fr. 9. §. 2. D. de minor (4. 4), fr. 52. §. 26. D. de furt. (47. 2). Etwas anders aber ebenfalls unhaltbar ist die Ansicht von Huschke.

17) Fr. 7. pr. D. de cond. furt. (13. 1).

18) Gaius III. 192—194., Gellius XI. 18. XVI. 10., Festus v. lance, Glossa Turin. no. 466. Der Grund jenes Gebrauches ist dunkel. Handjery bringt ihn nach Böcking mit religiösen Beziehungen in Verbindung.

19) Gaius III. 186. 191. IV. 173. Dieser Ansicht ist auch Vangerow De furto concepto ex lege XII tabularum. Heidelb. 1845. 4.

jedoch konnte der unschuldige Hehler gegen denjenigen, der ihm die Sache böslich zugesteckt hatte, mit der actio furti oblati ebenfalls aufs Dreifache klagen [20]). Das Gesetz der zwölf Tafeln hatte jedoch den Fall nicht vorgesehen, dass Einer die Nachsuchung bei sich nicht zulassen würde. Daher gestattete das Edict dafür die actio furti prohibiti aufs Vierfache [21]). Auch gab dasselbe eine actio furti non exhibiti gegen denjenigen, der die Herausgabe der gefundenen Sache verweigerte [22]). Später kamen aber die Klagen wegen furtum conceptum, oblatum, prohibitum und non exhibitum ausser Gebrauch, und der wissentliche Hehler wurde wie der fur nec manifestus behandelt [23]). Uebrigens war es nach den zwölf Tafeln erlaubtes Hausrecht den ertappten Dieb zu tödten; den nächtlichen unbedingt; den bei Tage, wenn er sich mit einer Waffe vertheidigte [24]). Beides wurde aber später gemildert und auf den dringenden Nothfall beschränkt [25]).

795. Daneben gab es aber mancherlei Strafbestimmungen über besondere Arten des Diebstahls. Wer wissentlich fremdes Material in sein Haus oder Weinberg verbaut hatte, konnte schon nach den zwölf Tafeln aufs Doppelte belangt werden [26]). Diebisches Abweiden oder Abmähen von fremdem Getraide zur Nachtzeit straften sie mit dem Strange [27]). Ausserordentliche Strafen entstanden wider den Abigeat oder Viehdiebstahl [28]), wogegen in Ita-

20) Gaius III. 188. 192—194., §. 4. J. de obl. ex del. (4. 1).

21) Gaius III. 187. 191. IV. 173., Paul. sent. rec. II. 31. §. 3. 5. 14.

22) §. 4. J. de obl. ex del. (4. 1).

23) §. 4. J. de obl. ex del. (4. 1).

24) Fr. 4. §. 1. D. ad l. Aquil. (9. 2), fr. 54. §. 2. D. de furt. (47. 2), Macrob. Saturn. I. 4., Cicero pro Tullio 47—50.

25) Collat. leg. Mos. VII. 2. 3., fr. 9. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8).

26) Festus v. tignum, fr. 1. D. de tigno (47. 3), §. 29. J. de rer. div. (2. 1).

27) Plinius hist. nat. XVIII. 3.

28) Fr. 1. 2. 3. D. de abigeis (47. 14), Collat. leg. Mos. XI. 2—8., Paul. sent. rec. V. 18., c. 1. C. de abig. (9. 37).

lien eigenthümliche Sicherungsmassregeln verordnet wurden [29]), wider den Diebstahl aus öffentlichen Bädern [30]), wider die Directarier, welche sich aus diebischen Absichten in fremde Zimmer einschlichen [31]), gegen den Diebstahl mit Einbruch [32]) oder völliger Ausplünderung [33]), gegen das Berauben einer vacanten Erbschaft seit einer Verordnung des Marcus Aurelius [34]), wider den Diebstahl aus den kaiserlichen Münzen [35]), und gegen nächtliche Diebe oder die sich mit einer Waffe vertheidigten [36]). Zuletzt wurde überhaupt der Diebstahl in den meisten Fällen ausserordentlicher Weise criminell verfolgt [37]). Nach Justinian sollte nur in keinem Falle deshalb am Leben oder an Gliedmassen gestraft werden [38]). Merkwürdig ist, dass wegen geringen Hausdiebstahls durch Knechte, Freigelassene oder Taglöhner gar keine Diebesklage gestattet wurde [39]).

796. Wider Beraubung erliess zuerst der Prätor M. Lucullus (678) ein Edict, wodurch er um den während der bürgerlichen Unruhen aufgekommenen Unordnungen zu steuern, den mit Gewalt durch zusammengerottete bewaffnete Männer zugefügten Schaden mit der Strafe des Vierfachen bedrohte [40]). Später wurde die Fassung und Auslegung des

29) C. 1—5. C. Th. quib. equor. usus (9. 30).

30) Fr. 1. 3. D. de furib. balnear. (47. 7), Paul. sent. rec. V. 3. §. 5.

31) Fr. 7. D. de extr. crim. (47. 11), fr. 1. §. 2. D. de effract. (47. 18), Paul. sent. rec. V. 4. §. 8.

32) Fr. 1. D. de furib. baln. (47. 17), fr. 1. §. 2. fr. 2. D. de effractor. (47. 18).

33) Fr. 1. §. 1. D. de effract. et expilat. (47. 18), fr. 16. §. 6. D. de poen. (48. 19).

34) Fr. 1. 2. 3. 5. D. expil. haered. (47. 19), c. 6. C. de crim. expil. haered. (9. 32).

35) Fr. 6. §. 1. 2. D. de l. Iul. pecul. (48. 13), fr. 38. pr. D. de poen. (48. 19).

36) Fr. 1. 2. D. de furib. baln. (47. 17), Collat. leg. Mos. VII. 4.

37) Fr. 92. D. de furt. (47. 2).

38) Nov. 134. c. 13.

39) Fr. 89. D. de furt. (47. 2), fr. 11. §. 1. D. de poen. (48. 19).

40) Cicero pro Tull. 7—12.

Edictes noch erweitert, so dass nun jeder in böslicher Absicht mit Gewalt wenn auch allein, ferner jeder durch zusammengerottete Menschen, wenn auch ohne Gewalt oder ohne dass sie bewaffnet gewesen waren, zugefügte Schaden [41]), und jeder Raub, wenn er auch nicht durch zusammengerottete Menschen geschehen war [42]), darunter gehörte. Die Strafe des Vierfachen blieb [43]); doch erhielt die Meinung, dass darin die Sache selbst einzurechnen sei, die Oberhand [44]). Statt dieser Klage konnte aber auch die actio furti, die Klage aus der lex Aquilia, eine condictio oder vindicatio angestellt werden [45]), und an geraubten Sachen war wie an gestohlenen nach der lex Julia und Plautia die Usucapion ausgeschlossen [46]). Raub und Beschädigung während eines Brandes oder ähnlichen Unglückfalles wurden nach dem Edict auch mit der Strafe des Vierfachen [47]), später mit einer ausserordentlichen peinlichen Strafe bedroht [48]).

797. Was die Injurien [49]) betrifft, so erkannten die Römer von jeher an, dass die bürgerliche Ordnung ohne die gegenseitige Achtung vor der Persönlichkeit und Ehre nicht bestehen könne. Sie betrachteten daher eine dieser Achtung widersprechende Handlung als eine strafbare Injurie. Doch hat sich ihr positives Recht darin nur nach und nach durch Erfahrung zu einer gewissen Vollständigkeit ausgebildet. Es treten darin drei Hauptgesichtspunkte

41) Fr. 2. pr. §. 6. 7. 9. D. vi bon. rapt. (47. 8).

42) Fr. 2. pr. §. 11. D. vi bon. rapt. (47. 8).

43) Gaius III. 209., c. 2. 3. 4. C. vi bon. rapt. (9. 33).

44) Gaius IV. 8., pr. J. de vi bon. rapt. (4. 2).

45) Fr. 80. §. 3. D. de furt. (47. 2), fr. 1. 2. §. 10. 26. D. vi bon. rapt. (47. 8).

46) Gaius II. 45. 49., §. 2. J. de usuc. (2. 6).

47) Fr. 1. pr. D. de incendio (47. 9), Paul. sent. rec. V. 3. §. 2.

48) Fr. 4. §. 1. D. de incendio (47. 9), fr. 1. §. 1. 2. D. ad l. Iul. de vi priv. (48. 7).

49) Davon handelt weitläufig Huschke Gajus S. 116—164. Auf eine Prüfung seiner eigenthümlichen Ansichten kann hier nicht eingegangen werden.

hervor. Erstens spricht sich die Missachtung der Persönlichkeit eines Anderen am unmittelbarsten und stärksten in der körperlichen Misshandlung aus[50]). Deshalb statuirten darüber schon die zwölf Tafeln. Misshandlungen bis zur Verstümmlung eines Gliedes sollten, wenn man sich nicht verglich, mit Talion, Knochenverletzungen an Freien mit einer Geldbusse von 300, an Unfreien von 150 Assen[51]), alle anderen Injurien, worunter aber gewiss nur körperliche gemeint sind, mit 25 Assen gebüsst werden[52]). Mit der Veränderung der Sitten und Geldwerthe wurden aber diese Bestimmungen unzureichend. Das Edict stellte daher in einer auf die Injurienklage überhaupt bezüglichen Clausel[53]), dem Kläger die Schätzung der erlittenen Unbilde anheim, oder bei einer atrox injuria schätzte der Prätor selbst[54]). Zu Letzteren wurden wie in den zwölf Tafeln schwere Misshandlungen und Verstümmlungen eines Gliedes gerechnet[55]). Zweitens ist es eine Verletzung der einem Mitbürger zustehenden Achtung, wenn man durch Worte seine verächtliche Meinung über denselben an den Tag legt. Die zwölf Tafeln erwähnten davon, wie es scheint, nur den stärksten Fall, das occentare und carmen condere[56]), und bestraften es mit Todtprügeln[57]). Das Edict be-

50) Gaius III. 220.

51) Paul. sent. rec. V. 4. §. 6., Gellius XX. 1., Festus v. talionis, Gaius III. 223., Paulus in Collat. leg. Mos. II. 5. Die letzte Stelle, wobei übrigens Blume's Text statt des älteren wohl zu bemerken ist, hat statt der Asse Sestertien.

52) Gellius XX. 1., Gaius III. 223., Paulus in Collat. leg. Mos. II. 5. Letzterer nennt jedoch auch statt Asse Sestertien.

53) Fr. 15. §. 26. D. de iniur. (47. 10).

54) Paulus in Collat. leg. Mos. II. 6., Paul. sent. rec. V. 4. §. 7., Gaius III. 224., fr. 7. pr. D. de iniur. (47. 10).

55) Fr. 7. §. 8. fr. 8. D. de iniur. (47. 10), Gaius III. 225., Collat. leg. Mos. II. 2., §. 9. J. de iniur. (4. 4).

56) Cicero de re publ. IV. 10., Tuscul. disput. IV. 2., Paul. sent. rec. V. 4. §. 6., Arnob. adv. gent. lib. IV. l. f., Porphyrio in Horat. Sat. II. 1. v. 81., Acron. in Horat. Sat. II. 1. v. 86., Festus v. occentassint.

strafte aus jenem Gesichtspunkt nicht blos das convicium[58]), dass heisst die wider eine Person gerichteten öffentlichen Schmähungen[59]), sondern auch das Anrufen ehrbarer Frauen oder Wegführen ihrer Begleiter[60]). Drittens ist es eine Verletzung des Rechts auf Ehre und Achtung, wenn man nicht blos seine eigene Geringschätzung des Anderen kund giebt, sondern auch Andere zu einer gleichen Missachtung bestimmen will. Vielleicht gehört das schon erwähnte occentare der zwölf Tafeln dahin. Das Edict enthielt darüber die Bestimmung, wodurch sich der Prätor Alles, was zur Infamirung eines Anderen geschähe, nach seinem Ermessen zu bestrafen vorbehielt[61]). Eine merkwürdige Erweiterung des Begriffs der injuria quae re fit geschah aber dadurch, dass nicht blos solche directe Verletzungen der einem jeden unbescholtenen Bürger zustehenden Ehre und Achtung, sondern überhaupt jede Handlung, welche sich dem Gefühl als eine willkührliche Anmassung über das Recht und die Persönlichkeit eines Anderen darstellt, wenn sie nicht unter ein bestimmtes Vergehen passte, bei der fortschreitenden Ausbildung der Jurisprudenz zu den Injurien gerechnet und daraus eine Privatklage gestattet wurde[62]). Mittlerweile machte die überhand nehmende Licenz der Sitten für gewisse Arten von Injurien noch viel schärfere Bestimmungen nothwendig. Eine lex Cornelia, welche wohl nicht die de

57) Cornutus in Pers. Sat. I. 137., Porphyrio in Horat. Sat. II. 1. v. 154., Augustin. in civit. dei II. 12.

58) Fr. 15. §. 2—10. D. de iniur. (47. 10).

59) Fr. 15. §. 11. 12. D. de iniur. (47. 10), Festus v. occentassint, Theophil. IV. 4. §. 1.

60) Fr. 15. §. 15—23. D. de iniur. (47. 10), Es ist klar, dass diesem Commentar eine bestimmte Stelle des Edicts zum Grunde liegt.

61) Fr. 15. §. 25—33. D. de iniur. (47. 10). Die Formel giebt Paulus in Coliat. leg. Mos. II. 6.

62) Cicero pro Caecina 13 (12), fr. 11. §. 9. fr. 13. §. 7. fr.15. pr. fr. 22. 23. 24. D. de iniur. (47. 16), fr. 27. §. 28. fr. 41. pr. D. ad l. Aquil. (9. 2), fr. 1. §. 38. D. deposit. (16. 3), fr. 25. D. de act. emt. (19. 1), fr. 2. §. 9. D. ne quid in loco publ. (43. 8), fr. 21. §. 7. D. de furt. (47. 2).

sicariis[63]), sondern eine eigene de iniuriis ist[64]), gestattete daher in drei Fällen, nämlich wegen Stossen, Schlagen und gewaltsamen Eindringen in eines Anderen Haus[65]) sogar eine peinliche Anklage[66]), jedoch nicht Jedem, sondern nur dem beleidigten Theil[67]). Besonders verpönt wurde ferner die Verfertigung und Verbreitung einer die Ehre eines Anderen herabwürdigenden Schrift[68]). Ein Senatusconsult drohte eine peinliche Strafe auch dem Anfertiger, Verkäufer oder Verbreiter von Schmähgedichten, Epigrammen oder Schmähbildern[69]). Kaiserliche Constitutionen der späteren Zeit setzten auf anonyme Denuntiationslibelle über angebliche Verbrechen selbst die Todesstrafe fest[70]). Für viele Fälle kam auch eine ausserordentliche Bestrafung auf[71]). Aber auch die Behandlung der anderen im Edicte, in der lex Cornelia und in dem Senatusconsult vorgesehenen Fälle wurde mehr willkührlich. Man hatte nun immer zwischen der Civilklage und einer Anklage auf Bestrafung die Wahl[72]), und im zweiten Fall wurde die Art der Strafe

63) Dieses behauptet Baiter in Orelli index legum.

64) Man sehe Rein Röm. Criminalrecht S. 370.

65) Fr. 5. pr. §. 1—8. D. de iniur. (47. 10), Paul. sent. rec. V. 4. §. 8., §. 8. J. de iniur. (4. 4).

66) Fr. 12. §. 4. D. de accus. (48. 2). Mit Unrecht behaupten Andere, dass jene lex nur eine Privatklage angeordnet habe; so Ferrat. epist. I. 15.

67) Fr. 42. §. 1. D. de procur. (3. 3).

68) Fr. 5. §. 9. D. de iniur. (47. 10). Zweifelhaft ist, was hier die Worte ex lege bedeuten. Auf die zwölf Tafeln können sie nicht gehen; auch nicht auf die vorher erwähnte lex Cornelia, da diese nur von den drei Arten körperlicher Injurien handelte. Vielleicht ist ex SC. zu lesen; dieses stände mit den gleich folgenden Stellen im besten Einklang.

69) Fr. 5. §. 10. 11. fr. 6. D. de iniur. (47. 10), fr. 18. §. 1. D. qui testam. (28. 1), Paul. sent. rec. V. 4. §. 15.

70) C. 1. 7. 9. 10. C. Th. de famos. libell. (9. 34), c. 1. C. J. de famos. libell. (9. 36).

71) Paul. sent. rec. V. 4. §. 4. 5. 11. 13. 14. 16. 17. 21., fr. 1. §. 1. D. de extr. crim. (47. 11).

72) Fr. 6. 7. §. 6. fr. 37. §. 1. D. de iniur. (47. 10), §. 7. 10. J. de iniur. (4. 4).

ausserordentlicher Weise nach dem Ermessen des Richters bestimmt [73]). Uebrigens zog die Injurienklage auch im Civilwege für den Verurtheilten die Infamie nach sich [74]); dafür wurde aber auch umgekehrt die Anstellung derselben aus Vexation strenge geahndet [75]).

798. Ueber den Ersatz widerrechtlicher Beschädigungen enthielten schon die zwölf Tafeln [76]), dann auch andere Gesetze Bestimmungen, die aber alle durch die lex Aquilia [77]) aufgehoben wurden [78]). Diese hatte drei Kapitel, wovon aber das zweite eine nicht zu enträthselnde Beziehung zu unserem Gegenstande hat [79]). Das Erste verordnet wider die absichtlich oder durch Schuld bewirkte Tödtung eines Knechts oder eines zur Landwirthschaft gehörenden vierfüssigen Thieres den Ersatz des höchsten Werthes, den die Sache im letzten Jahre gehabt hatte [80]). Das Dritte umfasst alle übrigen Fälle widerrechtlicher Beschädigungen und setzt als Massstab des Ersatzes den Werth während der letzten dreissig Tage fest, was man natürlich von dem höchsten Werthe verstand [81]). Die lex wurde aber doch eigentlich nur von dem durch den Körper an einem Körper zugefügten Schaden verstanden. Wenn Jenes fehlte,

73) Fr. 45. D. de iniur. (47. 10), §. 10. J. de iniur. (4. 4), Paul. sent. rec. V. 4. §. 7. 8. Daher ist auch in den Pandekten die Strafe, welche die lex Cornelia und das Senatusconsult festsetzten, nicht angegeben.

74) Fr. 1. D. de his qui not. (3. 2), Paul. sent. rec. V. 4. §. 9.

75) Fr. 43. D. de iniur. (47. 10).

76) Festus v. rupitias, sarcito.

77) Davon handeln: Rudorff in Savigny Zeitschr. XIV. 374—399., Röm. Rechtsgesch. I. §. 41., Huschke Gajus S. 104—114. Beide machen jedoch über den Inhalt und das Prozessualische dieser lex Combinationen, die höchst unsicher und bestritten sind.

78) Fr. 1. D. ad l. Aquil. (9. 2), Theophil. IV. 3. §. 15.

79) Man sehe oben §. 604. Note 43. 44.

80) Fr. 2. D. ad l. Aquil. (9. 2), Gaius III. 210—214., pr. §. 1—11. J. de l. Aquil. (4. 3).

81) Fr. 27. §. 5. fr. 29. §. 8. D. ad l. Aquil. (9. 2), Gaius III. 217. 218., §. 13—15. J. de l. Aquil. (4. 3).

wurde daher nur eine utilis Aquiliae actio in factum[82]), wenn auch das Andere, eine simple actio in factum auf Ersatz gegeben[83]). Uebrigens zog bei den Klagen aus dieser lex das Läugnen die Strafe des Doppelten nach sich[84]).

799. Ueber mehrere Arten von Beschädigungen gab es besondere Bestimmungen. Wider das heimliche Abhauen fremder Bäume verordneten die zwölf Tafeln für jeden Baum eine Busse von fünf und zwanzig Assen[85]), das Edict den doppelten Ersatz[86]); nach Umständen fand selbst eine peinliche Strafe statt[87]). War ein Schaden absichtlich in einem Tumult verübt worden, so konnte nach dem Edict aufs Doppelte, wegen persönlicher Verletzungen aber auf eine ausserordentliche Bestrafung geklagt werden[88]). Den durch ein Thier zugefügten Schaden musste schon nach den zwölf Tafeln[89]) und nach einer lex Pesulania[90]) der Eigenthümer, in so fern ihm dabei eine wenn auch nur entfernte Schuld zur Last fiel, gelten, oder das Thier als Ersatz lassen. Ferner gaben die zwölf Tafeln eine Klage wider den, dessen Vieh auf des Anderen Land geweidet hatte[91]). Schärfere Klagen entstanden aus dem ädilitischen Edicte gegen den, der in der Nähe eines öffentlichen Weges ein bissiges Thier gehalten und dadurch Schaden veranlasst hatte[92]). Aehnliche Bestimmungen enthielt das Edict

82) Gaius III. 219., §. 16. J. de l. Aquil. (4. 3). Beispiele geben Gaius III. 202., fr. 7. §. 3. 6. fr. 9. pr. §. 2. fr. 29. §. 7. fr. 53. D. ad l. Aquil. (9. 2), fr. 11. D. praescr. verb. (19. 5).

83) §. 16. J. de l. Aquil. (4. 3), fr. 33. §. 1. ad l. Aquil. (9. 2).

84) Fr. 2. §. 1. D. ad l. Aquil. (9. 2), Gaius IV. 171.

85) Plinius hist. nat. XVII. 1., fr. 11. D. arbor. furt. caes. (47. 7). Gaius IV. 11.

86) Fr. 7. §. 7. fr. 8. pr. D. arbor. furt. caes. (47. 7).

87) Fr. 2. D. arbor. furt. caes. (47. 7), Paul. sent. rec. V. 20. §. 6.

88) Fr. 4. D. vi bonor. rapt. (47. 8), Paul. sent. rec. V. 3. §. 1.

89) Fr. 1. 4. D. si quadrupes. (9. 1), pr. J. si quadrupes. (4. 9).

90) Paul. sent. rec. I. 15. §. 1. 3.

91) Fr. 14. §. 3. D. praescr. verb. (19. 5), Paul. sent. rec. I. 15. §. 1.

92) Fr. 40. §. 1. fr. 41. 42. D. de aedil. edict. (21. 1), Paul. sent. rec. I. 15. §. 2., §. 1. J. si quadrupes. (4. 9).

wider den Bewohner des Hauses, aus welchem durch Ausgiessen oder Herabwerfen einem Anderen Schaden zugefügt worden war [93]). Endlich wenn durch ein Hauskind oder einen Knecht ein Delict oder sonst ein Schaden verübt worden: so musste der Vater oder Herr die Klage tragen oder das schuldige Haupt hingeben [94]). Dieses bestimmten zum Theil schon die zwölf Tafeln, dann die lex Aquilia und eben so das Edict [95]). Waren mehrere Knechte an einem Diebstahl betheiligt, so brauchte aber nach einer ausdrücklichen Bestimmung des Edicts der Herr nur so viel anzubieten, als zu zahlen wäre, wenn ein einziger Freier den Diebstahl begangen hätte [96]).

800. Zu den Privatdelicten gehörten ferner folgende Fälle. Reine Glücksspiele waren durch ein Gesetz verpönt [97]), und zwar wird dabei ebenfalls die Strafe des vierfachen Ersatzes erwähnt [98]). Das Edict suchte dagegen auch indirect zu wirken [99]). Das Wetten bei gymnastischen Spielen war aber durch eine lex Titia, Publicia und Cornelia, und durch ein nicht genanntes Senatusconsult erlaubt [100]). Auf derselben Unterscheidung beruhte die Verordnung Justinians; nur ist darin blos von der Rückforderung des Verlorenen, nicht von einer Strafe des Vierfachen die Rede [101]). Wider die Erpressungen und Gewaltthätigkeiten der Publicanen schützte das Edict durch eine Klage auf doppelten Ersatz [102]), wozu noch eine ausserordentliche Be-

93) Fr. 1. pr. §. 1—6. fr. 5. §. 5. D. de his qui effud. (9. 3), §. 1. 2. J. de obl. quae quasi ex del. (4. 5).

94) Man sehe §. 474. 542.

95) Fr. 2. §. 1. D. de noxal. act. (9. 4), Gaius IV. 76., fr. 1. pr. fr. 5. §. 6. D. de his qui effud. (9. 3).

96) Fr. 1. 2. D si familia furtum (47. 6).

97) Cicero Philipp. II. 23.

98) (Ascon.) In divin. 7. p. 110 Orell.

99) Fr. 1. pr. §. 1—3. D. de aleat. (11. 5).

100) Fr. 2. §. 1. 3. D. de aleat. (11. 5).

101) C. 1. 3. C. de aleat. (3. 43).

102) Fr. 1. 5. §. 1. D. de publican. (39. 4).

strafung kommen konnte[103]). Gegen den, der um einem Anderen einen Process anzuhängen oder einen solchen zu unterlassen, Geld angenommen hatte, galt nach dem Edict eine Klage aufs Vierfache[104]), später auf eine ausserordentliche Strafe[105]). Endlich wer sich durch Selbsthülfe Recht verschaffen wollte, wurde seit einem Rescript des Marcus Aurelius mit dem Verlust seines Anspruchs oder, wenn er das Eigenthum an der Sache nicht hatte, durch Restitution derselben und Bezahlung ihres Werthes gestraft[106]).

801. Gewissermassen in der Mitte zwischen den Privatdelicten und den öffentlichen Verbrechen stehen die Fälle der Popularklagen. Diese bezogen sich auf die Verfolgung gewisser polizeilicher Vergehen. Hier schritt nämlich die Obrigkeit nicht unmittelbar ein, sondern man rechnete darauf, dass die Bürger selbst für das öffentliche Interesse thätig wären, und gestattete daher Jedem, wer wollte, zu klagen[107]). In so weit hatten diese Fälle mit den öffentlichen Verbrechen Aehnlichkeit. Damit aber die Bürger auch ein positives Interesse hätten für das gemeine Beste aufzutreten, so war dem Kläger die auf das Vergehen gesetzte Geldbusse zugesichert. Hierin waren diese Vergehen den Privatdelicten gleich[108]). Sie wurden daher wie diese bei den Civilgerichten verfolgt, und die Klage gieng wie bei den Privatdelicten[109]) auch gegen die Erben über, wenn bereits lis contestirt war[110]). Meldeten sich mehrere zu

103) Fr. 9. §. 5. D. de publican. (39. 4).

104) Fr. 1. pr. §. 1. 2. fr. 5. §. 1. D. de calumn. (3. 6).

105) Paul. sent. rec. I. 5.

106) Fr. 13. D. quod metus causa (4. 2), fr. 7. D. ad l. Iul. de vi priv. (48. 7), c. 7. C. unde vi (8. 4), §. 1. J. de vi bon. rapt. (4. 2).

107) Fr. 1. 2. 3. D. de popul. act. (47. 23), fr. 43. §. 2. D. de procur. (3. 3).

108) Daher steht auch der Titel von den Popularklagen nach den delicta privata vor den publica iudicia.

109) §. 1. J. de perpet. et tempor. act. (4. 12), fr. 13. pr. D. de iniur. (47. 10), fr. 16. §. 13. D. de publican. (39. 4).

110) Fr. 8. D. de popular. act. (47. 23), fr. 12. pr. D. de verb.

einer Popularklage, so hatte der besonders Interessirte den Vorzug, und diesen hatte der Prätor zu bestimmen [111]). Durch einen Procurator konnte man aber regelmässig so nicht klagen, weil man dabei selbst schon gleichsam Stellvertreter des Volkes war [112]).

802. Was die einzelnen Fälle der Popularklagen betrifft, so fanden sie statt wegen Corruption eines öffentlich ausgehängten prätorischen Edicts [113]), wegen der durch Herabwerfen aus einem Hause verursachten Tödtung eines freien Menschen [114]), wegen einer auf dem Vorsprung eines Hauses aufgestellten oder ausgehängten Schaden drohenden Sache [115]), wegen Bepflanzen oder Bebauen des bei den Aquäducten vorgeschriebenen Raumes [116]), wegen Verletzung oder Verhinderung öffentlicher Wege und Plätze [117]), wegen Bepflügen und Hemmen der zu den Wegen bestimmten cardines und decumani, Störung des Wasserlaufes auf denselben und Ausfüllen der Wassergräben [118]) und wegen Verletzung der Gräber [119]), worauf später auch eine ausserordentliche Strafe gesetzt ward [120]). Auch gehört hieher die arglistige Verrückung der Gränzsteine. Diese wa-

sign. (50. 16). Bei den publica iudicia trat eine Wirkung fürs Vermögen und dadurch gegen den Erben erst durch die Condemnation ein, fr. 20. D. de accusat. (48. 2).

111) Fr. 2. 3. §. 1. D. de popular. act. (47. 23).

112) Fr. 42. pr. fr. 43. §. 2. fr. 45. §. 1. D. de procurat. (3. 3), fr. 5. D. de popul. act. (47. 23).

113) Fr. 7. D. de iurisd. (2. 1).

114) Fr. 1. pr. fr. 5. D. de his qui effud. (9. 3).

115) Fr. 5. §. 6—13. D. de his qui effud. (9. 3), §. 1. J. de obl. quae quasi ex del. (4. 5).

116) Frontin. de aquaeduct. 127.

117) Fr. 1. 2. D. de loc. et itin. publ. (43.7), fr. 2. pr. §. 34. 35. 44. D. ne quid in loco publ. (43.8), fr. 42. pr. D. de procur. (3. 3).

118) So verordnete die L. Mamilia c. 4. Man sehe dazu Rudorff Röm. Feldmesser II. 245.

119) Fr. 3. pr. fr. 6. 9. D. de sepulchr. viol. (47. 12), fr. 42. pr. D. de procur. (3. 3).

120) Fr. 8. 11. D. de sepulchr. viol. (47. 12), Paul. sent. rec. I. 21. §. 4—9., c. 2. 4. C. de sepulchr. viol. (9. 19).

ren durch religiöse Gebräuche geheiligt[121]), und ein Gesetz des Numa weihte im Falle einer Verletzung das schuldige Haupt den Göttern[122]). Eine agrarische lex des Gajus Cäsar[123]), dieselbe die in der Sammlung der Agrimensoren unter der Ueberschrift der lex Mamilia erhalten[124]), und deren Urheber wahrscheinlich Caligula ist[125]), gab daraus eine Popularklage[126]). Seit Hadrian aber fand deshalb auch eine ausserordentliche Bestrafung statt[127]).

Drittes Kapitel.

Von den öffentlichen Verbrechen.

803. Zu den öffentlichen Verbrechen gehörten vor Allem die wider den Staat. In der ältesten Zeit, wo das Strafrecht noch nicht nach genau abgemessenen Gesetzen, sondern nach der Sitte und dem Naturgefühl gehandhabt wurde, war für die Bestrafung schwerer Verbrechen dadurch gesorgt, dass jede Unthat, welche die Rache des Staates nöthig zu machen schien, in dem dazu vorgezeichneten Verfahren als Perduellion erklärt werden konnte, wor-

121) Dionys. II. 74. Man vergleiche §. 149. Note 46. §. 269. Note 79.

122) Festus v. termine, Dionys. II. 74.

123) Davon handeln: Rudorff in Savigny Zeitschr. IX. 379—420., Röm. Feldmesser II. 244—248., Mommsen Röm. Feldmesser II. 223—26.

124) Darin stimmen Rudorff und Mommsen überein; nicht aber darin, dass sie von der alten lex Mamilia verschieden sei (§. 772. Note 77).

125) So sagt Rudorff. Hingegen Mommsen schreibt sie dem C. Julius Cäsar zu.

126) Fr. 3. D. de termine moto (47. 21). Das processualische Verfahren dabei erläutert Rudorff in Savigny Zeitschr. XIV. 369—374., Röm. Feldmesser II. 246—248.

127) Fr. 2. D. de termino moto (47. 21), Collat. leg. Mos. XIII. 2. 3., Paul. sent. rec. I. 16. V. 22. §. 2.

auf der Thäter als des öffentlichen Friedens verlustig ausgestäupt und mit dem Strange hingerichtet wurde. Auf diese Art konnte nach Umständen selbst eine schreiende Blutschuld [1]), der Verlust eines Heeres, Trachten nach Alleinherrschaft und Missachtung der Volkstribunen verfolgt werden [2]). Dieses geschah einmal noch am Ende der Republik [3]), obgleich die schmähliche Leibes- und Todesstrafe zu den hohen Vorrechten des Bürgerthums nicht mehr passte [4]). Davon unabhängig setzten die zwölf Tafeln gegen denjenigen, der den Feind ins Land gezogen oder Bürger dem Feinde überliefert hätte, die Todesstrafe fest [5]). Als dann mit der fortschreitenden Reflexion der Begriff der Majestät des römischen Volkes zum Bewusstsein kam [6]), entwickelte sich auch der Begriff der Majestätsvergehen als der die Würde, Hoheit oder Macht des gemeinen Wesens vermindernden, verletzenden oder bedrohenden Handlungen [7]). In diesem Sinne wurden auch mehrere Majestätsgesetze erlassen, die lex Apuleja ungewissen Alters und

1) So der Schwestermord des Horatius, Livius I. 26. Die hier erhaltene Formel zeigt, dass Perduellion ursprünglich nicht ein Verbrechen gegen den Staat, überhaupt nicht eine bestimmte Gattung von Verbrechen bezeichnete; sondern perduellionem alicui iudicare hiess, er habe eine That begangen, wodurch er den Frieden und das Leben verwirkt habe. Die Versuche, die That des Horatius zu einem Staatsverbrechen zu stempeln, sind im höchsten Grade gezwungen. So halten Rubino und Köstlin die That für Perduellion, weil Horatius dadurch der verfassungsmässigen richterlichen Gewalt vorgegriffen; Andere, wie Sigonius und Schweppe, weil der Todschlag im Angesicht des Königs und des Volkes geschehen sei. Die nähere Nachweisung giebt Rein Criminalrecht S. 467., der aber selbst der Meinung des Köstlin beitritt. Eben so ungenügend ist die Ansicht von Rudorff II. §. 111. Note 1.

2) Livius II. 41. VI. 20. XXVI. 3. XLIII. 16., Dionys. VIII. 77. 78.

3) Dio Cass. XXXVII. 27.

4) Cicero pro Rabir. 3. 4. 5.

5) Fr. 3. D. ad l. Iul. maiest. (48. 4).

6) Cicero apud Quintil. inst. orat. VII. 3. I. f.

7) Cicero de orat. II. 39., orat. part. 30., de invent. II. 17. 18., in Verr. IV. 31.

Inhalts[8]), die lex Varia (664)[9]), Cornelia (673)[10]), und die lex Julia des Cäsar (708)[11]). Die Annahme einer zweiten lex Julia von Augustus beruht auf ganz unsichern Gründen. Jene lex Julia war sehr umfassend[12]) und nahm auch viele derjenigen Fälle in sich auf, wo sonst auf Perduellion geklagt worden war. Als Strafe war die aquae et ignis interdictio festgesetzt[13]). Unter den Kaisern, wo die Majestät des römischen Volkes dem Princeps übertragen war und sich in ihm concentrirte, knüpfte sich daran von selbst die Vorstellung, dass auch ein gegen das Heil, die Rechte und die Ehre des Kaisers gerichtetes Attentat ein Angriff auf die Majestät des römischen Volkes sei. Schon Augustus bediente sich jenes Gesetzes zur Verfolgung der Schmähschriften[14]), und seit Tiberius wurde auch der entfernte Schein einer Verletzung der dem Princeps gebührenden Ehrerbietung als Majestätsvergehen geahndet[15]). Auch die Strafen wurden nun willkührlich geschärft. Eben dieses veranlasste aber, dass man den Begriff des Majestätsverbrechens enger fasste, und nur die in bestimmter Absicht wider das gemeine Wesen oder den Kaiser gerichteten Handlungen und Anschläge darunter zog[16]). Die übrigen Handlungen, welche die lex Julia als Majestätsvergehen bezeichnet hatte, wurden zwar noch auf den

8) Cicero de orat. II. 25. 49.

9) Valer. Max. VIII. 6,4., Ascon. in Cornel. p. 79 Orell.

10) Cicero in Pison. 21., pro Cluent. 35., in Verr. I. 5., ad famil. III. 11., Amm. Marc. XIX. 12, 17.

11) Cicero Philipp. I. 9.

12) Fr. 1. §. 1. fr. 2. 3. 4. pr. D. ad l. Iul. maiest. (48. 4), Tacit. ann. I. 72.

13) Cicero Philipp. I. 9., Capitol. Pertinax 6., Paul. sent. rec. V. 29. §. 1.

14) Tacit. ann. I. 72., Dio Cass. LVI. 27., Sueton. Octav. 55.

15) Tacit. ann. I. 73. 74. II. 50. III. 38. 67. VI. 18. XIV. 48., Sueton. Tiber. 58. Nero 52. Domit. 10. 12., fr. 4. §. 1. fr. 5. 6. D. ad l. Iul. maiest. (48. 4).

16) Fr. 11. D. ad l. Iul. maiest. (48. 4), Paul. sent. rec. V. 29. §. 1., §. 3. J. de publ. iudic. (4. 18).

Grund dieser lex als strafbare, allein nicht mehr als Majestätsvergehen verfolgt und daher jene harten Strafen darauf nicht angewendet[17]). Das Majestätsverbrechen in jenem beschränkteren neueren Sinn wurde auch Perduellion genannt[18]). In der späteren Kaiserzeit kamen aber noch einige strengere Bestimmungen hinzu. Theodosius äusserte sich zwar gegen wörtliche Beleidigungen sehr nachsichtig[19]); hingegen erklärte Arcadius auch die Mordanschläge wider gewisse hohe Beamten als Majestätsverbrechen[20]), und Andere giengen noch weiter[21]). Die Strafe war schon im dritten Jahrhundert der Tod[22]); dazu kam schon von den früheren Kaisern her die Confiscation des ganzen Vermögens[23]) und die Verfluchung des Andenkens[24]). Selbst die Kinder wurden mit einer Strafe heimgesucht[25]), was zuerst bei den Proscriptionen des Sylla aufkam[26]). Eigenthümlich bei diesem Verbrechen war auch, dass seit Marcus Aurelius nicht blos die bereits begonnene Anklage daraus nach dem Tode fortgesetzt, sonden dass selbst dann noch eine Anklage erhoben werden konnte[27]). Dem Majestätsverbrechen verwandt war die Veranstaltung nächtli-

17) Fr. 11. D. ad l. Iul. maiest. (48. 4).

18) Die Gleichheit des crimen maiestatis und der perduellio im neuen Recht beweisen fr. 4. D. de iure patr. (37. 14) verglichen mit fr. 9. D. ad l. Iul. maiest. (48. 4); fr. 20. D. de accus. (48. 2) verglichen mit c. 2. C. de ben. eer. (9. 50).

19) C. un. C. si quis Imperat. maledix. (9. 7).

20) C. 5. pr. C. ad l. Iul. maiest. (9. 8).

21) C. 3. C.Th. de vestib. elev. (9.21), c. 6. C. de rescr. (1. 23), c. 1. C. de priv. carcer. (9. 5).

22) Paul. sent. rec. V. 29. §. 1., c. 5. C. ad l. Iul. maiest. (9. 8).

23) Plinius paneg. 42., c. 5. pr. C. ad l. Iul. maiest. (9. 8), nov. 134. c. 13.

24) Fr. 24. D. de poen. (48. 19), c. 6. C. ad l. Iul. maiest. (9. 8). §. 3. J. de publ. iudic. (4. 18).

25) C. 5. §. 1. 3. 4. 6. C. ad l. Iul. maiest. (9. 8).

26) Dionys. VIII. 80.

27) Fr. 11. D. ad l. Iul. maiest. (48. 4), fr. 20. D. de accus. (48. 2), c. 7. 8. C. ad l. Iul. maiest. (9. 8), fr. 1. §. 3. D. de suis (38. 16).

cher Zusammenkünfte, welche die zwölf Tafeln mit dem Tode bedrohten[28]), die Erregung von Volksaufständen[29]), der Verrath und das Ueberlaufen zum Feinde[30]).

804. Zu den Verbrechen gegen den Staat sind auch die Vergehen gegen die Religion zu rechnen. Die Römer betrachteten die Religion überhaupt als etwas Nationales; daher wurde zwar jedes Volk unter ihrer Herrschaft bei seinen Gebräuchen gelassen[31]), allein die eigenmächtige Einführung neuer Lehren und Cäremonien als staatswidrig geahndet. Man behandelte dieses jedoch weniger als eine Rechtssache, wie vielmehr als eine Angelegenheit der höheren Verwaltung, und es wurde dawider nach Massgabe der Umstände mit warnenden und verbietenden Edicten, Züchtigungen bis zur Todesstrafe hin eingeschritten[32]). Unter den Kaisern stand darauf die Strafe der Deportation, wider Leute niederen Standes die Todesstrafe[33]). In ähnlicher Weise war der Uebertritt zum Judenthum verpönt[34]). Viel strenger wurde aber gegen die Christen verfahren[35]), da sie nach den im Reiche umher bekannt gemachten Edicten den vaterländischen Göttern zu opfern auf jede Weise gezwungen werden sollten[36]). Hierauf beruhen die Christenverfolgungen, deren für diese Zwecke noch wenig benutzten Acten sowohl in juristischer Hinsicht wegen der darin erhaltenen Gerichtsprotocolle, wie für den Geschicht-

---

28) Porcius Latro declam. in Catil. 19.

29) Paul. sent. rec. V. 22. §. 1., fr. 3. §. 4. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), fr. 38. §. 2. D. de poen. (48. 19), c. 1. 2. C. de sedit. (9. 30).

30) Livius XXX. 43., fr. 8. §. 2. fr. 38. §. 1. D. de poen (48. 19).

31) Man sehe §. 206. 237. 303. 313.

32) Livius IV. 30. XXV. 1. XXXIX. 14—18., SC. de Bacchanalibus a. 568., Dio Cass. LIV. 6.

33) Paul. sent. rec. V. 21. §. 2., Collat. leg. Mos. XV. 3.

34) Fr. 11. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), Spartian. Sever. 17., Paul. sent. rec. V. 22. §. 3. 4.

35) Tacit. ann. XV. 44., Spartian. Sever. 17.

36) Acta S. Iustin. 1., S. Felic. 1., Euseb. hist. eccles. VIII. 2., Lactant. de mort. persec. 13. 15.

forscher höchst anziehend sind als die lebendigste Darstellung der die damalige Welt bewegenden Gegensätze, des Staunens des im Irrwahn und Lebensgenuss befangenen Römers vor einer von ihm nicht begriffenen sittlichen Grösse, des in ohnmächtigem Ingrimm sich abmühenden Heidenthums und der aus Blut und Asche emporsteigenden neuen Herrlichkeit [37]).

805. Absichtliche Tödtung [38]) bestrafte das Gesetz des Numa mit dem Tode [39]); so wahrscheinlich auch die zwölf Tafeln [40]). Unabsichtliche Tödtung wurde nach dem alten geistlichen Rechte [41]) und wie es scheint auch noch nach den zwölf Tafeln [42]) durch das Opfer eines Widders gesühnt. Die Grundlage des spätern Rechts war die lex Cornelia de sicariis et veneficis, welche nicht bloss die wirklich vollbrachte Tödtung, sondern auch das Herumgehen mit einer Waffe um Einen zu tödten oder um zu stehlen, ferner die Bereitung und den Verkauf von Gift zu jenem Zwecke, dann auch in ähnlicher Weise wie vorher eine lex Sempronia [43]) das Anstiften oder die Annahme von Geld durch den Magistrat zu einer Capitalanklage und das falsche Zeugniss in einer solchen, bestrafte [44]). Mehrere Senatusconsulte und Constitutionen dehnten dieses noch

37) Diese Acten, wovon der grosse Scaliger schreibt, dass er sie nicht ohne die tiefste Bewegung lesen könne, werden hier nach folgender Ausgabe citirt: Acta martyrum P. Theodorici Ruinart opera ac studio collecta per Bern. Galura. Aug. Vindel. 1802. 3 vol. 8.

38) Ueber die juristisch ziemlich gleichgültige Frage, ob in der ältesten Zeit jeder Mord parricidium genannt worden sei, sehe man Rein Criminalrecht S. 401. 449.

39) Festus v. parici.

40) Plinius hist. nat. XVIII. 3.

41) Servius in Eclog. IV. 43. in Georg. III. 387., Dionys. III. 22. Man sehe auch Festus v. sororium.

42) Cicero pro Tull. 51., Topic. 17., Festus v. subici, subigere.

43) Cicero pro Cluent. 55. 56.

44) Collat. leg. Mos. I. 3., Cicero pro Cluent. 54. 55. 57., fr. 1. pr. §. 1. fr. 3. pr. §. 1. 2. fr. 4. pr. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), Paul. sent. rec. V. 23. §. 1. 10., §. 5. J. de publ. iudic. (4. 18).

weiter aus, namentlich auf die Castration sowohl von Knechten als von Freien[45], und auf Menschenopfer[46]. Die Strafe der lex Cornelia war das Exil, später an Leuten geringeren Standes der Tod[47]. Ob die bezweckte Tödtung wirklich geschehen war, machte dabei keinen Unterschied[48]. Todschlag in der Hitze oder durch Nachlässigkeit wurde aber nach den Umständen milder oder gar nicht geahndet[49]. Besonders strenge war das spätere Recht gegen eine eigenthümliche Form der Todesdrohung, die in Arabien unter dem Namen Scopelismus vorkam[50]. Ueber die Tödtung naher Angehörigen enthielt jene lex Cornelia ebenfalls Bestimmungen, welche die lex Pompeja de paricidiis bestätigte[51]. Die Strafe war der Tod, und zwar beim Elternmorde in einer eigenen alterthümlichen Form[52], welche Constantin auch auf den Kindermord ausdehnte[53]. Misshandlungen der Eltern durch die Kinder bedrohte das Recht der Königszeit mit Fluch und Tödtung[54].

806. Wider die Brandstiftung enthielten wohl schon die zwölf Tafeln eine Strafbestimmung[55]. Später zog die

45) Fr. 3. §. 3. 4. fr. 4. §. 2. fr. 5. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), Sueton. Domitian. 7., Amm. Marc. XVIII. 4., Paul. sent. rec. V. 23. §. 13., c. 1. 2. C. de eunuch. (4. 42), nov. 142.

46) Plinius hist. nat. XXX. 3 (1), Paul. sent. rec. V. 23. §. 16.

47) Paul. sent. rec. V. 23. §. 1., fr. 3. §. 5. fr. 16. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8).

48) Fr. 7. 14. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), Paul. sent. rec. V. 23. §. 3., c. 7. C. ad l. Cornel. de sicar. (9. 16).

49) Fr. 1. §. 2—5. fr. 3. §. 6. fr. 4. §. 1. fr. 7. 9. 12. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), Paul. sent. rec. V. 23. §. 3. 8. 12. 19., Collat. leg. Mos. I. 6. 8. 9. 10., c. 1—5. C. ad l. Cornel. de sicar. (9. 16).

50) Fr. 9. D. de extraord. crimin. (47. 11).

51) Fr. 1. D. de l. Pompeia de parric. (48. 9).

52) Fr. 9. pr. §. 1. D. ad l. Pompei. de parric. (48. 9), Paul. sent. rec. V. 24. Jener Form gedenken auch Valer. Max. I. 1, 13., Livii epit. 68., Cicero pro Rosc. Amer. 25.

53) C. un. C. de his qui parent. (9. 17), §. 6. J. de publ. iudic. (4. 18).

54) Festus v. plorare.

55) Dieses ergiebt sich aus fr. 9. D. de incend. (47. 9), welches aus dem Commentar des Gajus zu den zwölf Tafeln genommen ist.

erwähnte lex Cornelia dieses Verbrechen unter sich[56]). Unter den Kaisern war die Strafe der absichtlichen Brandstiftung insgemein der Tod[57]); unter erschwerenden Verhältnissen selbst die Strafe des Feuers[58]); die durch Nachlässigkeit veranlasste Brandstiftung aber wurde nach den Umständen geahndet[59]).

807. Wider den Gebrauch verderblicher Zaubersprüche, insbesondere wider das Besprechen der Feldfrüchte, enthielten schon die zwölf Tafeln Bestimmungen[60]). Ein Senatusconsult stellte die Anwendung arger Zaubermittel unter die Strafe der lex Cornelia[61]). Die Ausübung ja selbst die Kenntniss magischer Künste um Einen zu bezaubern oder fest zu machen, wurde nun sehr schwer verpönt[62]). Damit verwandt war die Bestrafung der Haruspices, der Mathematiker und anderer Wahrsager[63]).

808. Ueber Gewaltthätigkeiten erschien, unstreitig durch die stürmischen Auftritte des siebenten Jahrhunderts veranlasst, die lex Plautia oder Plotia wider diejenigen, welche Plätze besetzt und sich öffentlich mit Waffen gezeigt hätten[64]). Ueber denselben Gegenstand hatte Q. Luta-

56) Fr. 1. pr. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), Collat. leg. Mos. XII. 5.

57) Fr. 10. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), fr. 12. §. 1. D. de incend. (47. 9), Collat. leg. Mos. XII. 4. 5. 6. 7., Paul. sent. rec. V. 3. §. 6. V. 20. §. 1. 2. 5.

58) Fr. 28. §. 12. D. de poen. (48. 19), fr. 9. D. de incend. (47. 9).

59) Fr. 4. D. de off. praef. vigil. (1. 15), fr. 11. D. de incend. (47. 9), Collat. leg. Mos. XII. 2. 3. 5. 6. 7., Paul. sent. rec. V. 3. §. 6. V. 20. §. 3.

60) Plinius hist. nat. XXVIII. 4 (2), Servius ad ecleg. VIII. 99., Seneca nat. quaest. IV. 7., Augustin. de civit. dei VIII. 19.

61) Fr. 13. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8).

62) Paul. sent. rec. V. 23. §. 15—18., Apuleius Apol. I. p. 377. ed. Oudend., Amm. Marc. XXVIII. 1,26., c. 3. 4. 5. 6. 7. 10. 11. C. Th. de malefic. (9. 16), c. 4. 6. 7. 9. C. J. de malefic. (9. 18).

63) Man sehe §. 154.

64) Ascon. in Milon. 35. p. 55 Orell., Sallust. Catil. 31., Schol. Boblens. in Vatin. X. 2. p. 320 Orell., Cicero ad Attic. II. 24., Declam. de harusp. resp. 8.

tius Catulus eine lex rogirt[65]), welche wahrscheinlich die eben genannte ist[66]). Die von Pompejus rogirte lex über Gewalt bezog sich zwar nur auf das iudicium für einen einzelnen Fall, enthielt jedoch auch bleibende Bestimmungen[67]). Ferner werden mehrere Julische Gesetze über dieses Verbrechen erwähnt: das Eine von Julius Cäsar, welches die Strafe des Exils festsetzte[68]); dann die lex Iulia de vi publica[69]), und die lex Iulia de vi privata[70]). Ob die Erste oder gar Beide von Cäsar herrühren, in welchem Falle die Erste mit jenem Gesetz identisch wäre, oder ob Beide oder doch die Zweite von Octavian erlassen sind, lässt sich nicht unterscheiden[71]). Gewiss ist, dass Beide die Grundlage des späteren Rechts geblieben sind. Die Strafen der Ersten war das Exil, die der Zweiten die Publication von einem Drittheil des Vermögens, wurden aber später schärfer[72]). Ueber zwei Fälle, die dahin gehörten, nämlich Angriff auf Häuser mit einer bewaffneten Rotte[73]) und Entführung[74]) entstanden besondere Strafbestimmungen.

65) Cicero pro Caelio 29. Hierauf beruht die Annahme einer lex Lutatia de vi. Die Existenz einer Solchen vertheidigt jedoch wieder Rein Criminalrecht S. 742.

66) Dieses giebt die Vergleichung der vorigen Stelle mit Sallust. declam. in Cicer. 1, 3.

67) Man sehe Kap. VI. Note 7.

68) Cicero Philipp. I. 9.

69) Fr. 1—5. fr. 7. 8. 10. 12. D. ad l. Iul. de vi publ. (48. 6), Paul. sent. rec. V. 26. §. 1. 2.

70) Fr. 2—6. 8. D. ad l. Iul. de vi priv. (48.7), Paul. sent. rec. V. 26. §. 3. 4.

71) Man sehe darüber Rein Criminalrecht S. 742.

72) Fr. 10. §. 2. D. ad l. Iul. de vi publ. (48. 6), fr. 1. pr. D. ad l. Iul. de vi priv. (48. 7), Paul. sent. rec. V. 26. §. 1. 3., c. 1. 2. 3. C. Th. ad l. Iul. de vi (9. 10), c. 6. 7. C. J. ad l. Iul. de vi (9. 12), §. 8. J. de publ. iudic. (4. 18).

73) Fr. 11. D. ad l. Iul. de vi publ. (48. 6), Paul. sent. rec. V. 3. §. 3.

74) Fr. 5. §. 2. fr. 6. D. ad l. Iul. de vi publ. (48. 6), c. 3. C. ad l. Iul. de vi (9. 12), tit. C. Th. de raptu virgin. (9. 24), tit. C. Th. de raptu sanctimon. (9. 25), c. un. C. J. de raptu virgin. (9. 13), §. 8. J. de publ. iudic. (4. 18).

809. Die Unkeuschheit wurde in der ältesten Zeit durch die Sitte und das Religionsrecht gerügt; namentlich durfte nach dem Rechte des Numa diejenige, die als Beischläferin eines verheiratheten oder ledigen Mannes bekannt war, den Altar der Juno nicht berühren[75]. Später gab die Verführung einer achtbaren Frau oder Jungfrau[76]) oder der unzüchtige Lebenswandel einer Matrone[77]) den Grund zu einer Anklage durch die Aedilen. Häufiger wurden aber wohl solche Vergehen durch den Vater, den Ehemann und die Blutsfreunde geahndet[78]). Mit der Abnahme der Sitten erschienen auch über diesen Gegenstand mehrere Gesetze, die aber unbekannt, und zum Theil durch die lex Iulia de adulteriis von Octavian abrogirt worden sind[79]). Dieses Gesetz handelte zunächst vom adulterium, das heisst von der mit einer verheiratheten Frau begangenen Unzucht. Diese sollte für beide Theile eine öffentliche Strafe zur Folge haben, und jeder Bürger sollte Ankläger sein können, jedoch mit eigenthümlichen Beschränkungen. Vor Allem konnte von einer Anklage nicht mehr die Rede sein, wenn fünf Jahre seit dem Verbrechen verstrichen waren[80]). Ferner durfte weder der Ehemann noch ein Dritter die Frau oder den Ehebrecher accusiren, so lange Jener die Ehebrecherin in der Ehe behielt[81]). Eine Anklage setzte also, wenn der Ehemann noch lebte, eine innerhalb

75) Gellius IV. 3., Festus v. pellices, fr. 144. D. de verb. sign. (50. 16).

76) Valer. Max. VI. 1, 8., Livius VIII. 22. Materfamilias hat hier den im Texte angegebenen Sinn, fr. 46. §. 1. D. de verb. sign. (50. 16).

77) Livius X. 31. XXV. 2. Matrona heisst hier dasselbe wie vorhin materfamilias, fr. 13. pr. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5), fr. 41. §. 1. D. de ritu nupt. (23. 2).

78) Valer. Max. VI. 1,3. 6. Man sehe auch §. 525.

79) Collat. leg. Mos. IV. 2., fr. 1. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5). Auf dieses Gesetz beziehen sich folgende Titel: D. XLVIII. 5., C. Th. IX. 7., C. J. IX. 9.

80) Fr. 29. §. 6.7. D. h. t., fr. 1. §. 10. D. ad SC. Turpill. (48.16).

81) Fr. 11. §. 10. fr. 26. pr. D. h. t., c. 11. C. h. t.

jener fünf Jahre durch Ehescheidung eingetretene Auflösung der Ehe voraus [82]). Dann wurde unterschieden. Das nächste Recht zur Anklage hatte der Ehemann und der Vater sechzig Tage lang von jenem Termin an gerechnet [83]); dann Jeder wer wollte und darunter auch noch jene Beiden, jedoch nun blos iure extranei, noch eine Frist von vier Monaten [84]); waren diese sechs Monate von der Ehescheidung an, oder mittlerweile fünf Jahre vom Verbrechen an gerechnet, verstrichen, so war die Anklage nicht mehr zulässig. War der Ehemann verstorben, so konnte der Vater oder jeder Dritte noch accusiren, jedoch nur wenn noch nicht sechs Monate seit dem Verbrechen verstrichen waren, so dass dann die lange Frist von fünf Jahren gar nicht zur Sprache kam [85]). Diocletian gab jedoch die sechsmonatliche Verjährung ganz auf, so dass blos auf die fünf Jahre zu sehen war [86]). Hingegen wurde das Recht zur Anklage von Constantin auf die nächsten Blutsfreunde beschränkt [87]). Gegen beide Schuldige zugleich war die Anklage nicht erlaubt, sondern nur nach einander; gegen welchen zuerst hieng regelmässig vom Kläger ab [88]). War der Ehebruch erst nach dem Tode der Frau an Tag gekommen, so konnte noch gegen den Ehebrecher geklagt werden, vorausgesetzt, dass noch nicht fünf Jahre vorbei waren [89]). Desgleichen war die Anklage auch noch während einer anderen Ehe, worin die Ehebrecherin getreten war,

---

82) Fr. 29. §. 5. D. h. t.

83) Collat. leg. Mos. IV. 4., fr. 2. §. 8. fr. 3. 4. pr. fr. 14. §. 2. fr. 15. pr. fr. 30. §. 1. D. h. t., Tacit. ann. II. 85.

84) Collat. leg. Mos. IV. 4., fr. 4. §. 1. 2. fr. 11. §. 5. 6. fr. 15. §. 5. D. h. t., c. 6. C. h. t.

85) Fr. 29. §. 5. D. h. t.

86) C. 28. C. h. t.

87) C. 30. C. h. t.

88) Fr. 15. §. 8. 9. fr. 17. §. 6. fr. 32. §. 1. fr. 39. §. 6. D. h. t., c. 8. C. h. t.

89) Fr. 11. §. 4. fr. 39. §. 2. fr. 44. D. h. t., c. 5. 28. C. h. t.

zulässig [90]), nur musste dann mit dem Ehebrecher [91]), vorausgesetzt, dass er noch lebte [92]), angefangen werden. Mit der Frau konnte es nur dann geschehen, wenn ihr vor dem Eintritt in die neue Ehe die bevorstehende Anklage denuntiirt worden [93]); seit Diocletian aber ganz unbeschränkt [94]).

810. Die Strafe der lex Julia war gegen Beide der Verlust eines Theiles des Vermögens mit Relegation auf eine Insel [95]), und Keiner durfte bei Strafe des lenocinium die Ehebrecherin zur Ehe nehmen [96]); später kam aber für den Ehebrecher die Todesstrafe auf [97]). Ob dieser ein Freier oder ein Knecht war, machte keinen Unterschied [98]). Die nach dem alten Rechte zustehende Selbstrache [99]) wurde durch die lex Julia beschränkt. Dem Vater blieb zwar noch die Tödtung erlaubt, jedoch nur dann, wenn er den Ehebruch in seinem oder des Ehemanns Hause ertappt hatte und wenn er beide Theile auf der Stelle zusammen tödtete [100]). Der Mann aber durfte die Frau unbedingt nie tödten, und den ertappten Ehebrecher nur dann, wenn er aus einer gewissen im Gesetze angegebenen Gat-

90) Fr. 39. §. 1. D. h. t.

91) Fr. 2. pr. fr. 5. 17. §. 6. fr. 19. §. 2. 3. D. h. t.

92) Fr. 17. §. 7. fr. 18. 19. pr. §. 1. D. h. t.

93) Fr. 2. pr. fr. 16. 17. pr. §. 1—6. fr. 39. §. 3. D. h. t., c. 14. C. h. t.

94) C. 28. C. h. t.

95) Paul. sent. rec. II. 26. §. 14., Tacit. ann. II. 85., Plinius epist. VI. 31.

96) Fr. 11. §. 13. fr. 29. §. 1. D. h. t., c. 9. 17. C. h. t.

97) Capitol. Opil. Macr. 12., Amm. Marc. XXVIII. 1, 16., c. 30. §. 1. C. h. t., c. 4. C. Th. quorum appell. (11. 36), §. 4. J. de publ. iudic. (4. 18), nov. 134. c. 10. Auch an der Ehebrecherin kommen Todesstrafen vor, Amm. Marc. XXVIII. 1, 28. 45.

98) Fr. 5. D. de accus. (48. 2), fr. 33. pr. D. h. t., c. 26. C. h. t.

99) Gellius X. 23., Valer. Max. VI. 1, 13.

100) Collat. leg. Mos. IV. 2. 8. 9. 12., Paul. sent. rec. II. 26. §. 1. 2., fr. 20. 21. 22. 23. 32. D. h. t.

tung von Personen war[101]); doch konnte er ihn jedenfalls zwanzig Stunden im Hause festhalten[102]). Alles dieses galt nicht blos bei einer echten, sondern auch bei einer natürlichen Ehe, und wurde selbst auf die Braut, ja sogar unter Umständen auf die Concubine, ausgedehnt[103]). Auf die Verletzung des contubernium bezog sich aber die lex Julia nicht[104]); auch nicht auf Frauen von gemeiner Beschäftigung und Lebensart[105]); und die Unzucht eines verheiratheten Mannes mit einer Ledigen war in keinem Falle adulterium sondern stuprum, und nur in so fern strafbar als dieses es war[106]).

811. Wider die Unzucht mit einer Ledigen setzte die lex Julia ebenfalls für beide Theile eine öffentliche Strafe fest, jedoch nur wenn sie mit einer achtbaren Person[107]), gleichviel übrigens ob einer Freigeborenen oder Freigelassenen[108]) begangen war. Die Strafe war dieselbe wie wegen adulterium[109]). Auch hinsichtlich des Rechts zur Anklage[110]), des Hausrechts des Vaters und des Verbotes die wegen Unzucht Verurtheilte zu heirathen[111]) galt dasselbe wie beim adulterium. Das stuprum mit listiger Verführung[112]) oder an einem nicht mannbaren Mädchen[113]) wurde aber auf ausserordentliche Weise geahndet. Ferner

---

101) Collat. leg. Mos. IV. 3. 10. 12., Paul. sent. rec. II. 26. §. 4. 5. 6., fr. 22. §. 4. fr. 24. 38. §. 8. 9. fr. 42. D. h. t., c. 4. C. h. t.

102) Paul. sent. rec. II. 26. §. 3., fr. 25. D. h. t.

103) Fr. 13. pr. §. 1. 3. 8. D. h. t., Collat. leg. Mos. IV. 5. 6., c. 7. C. h. t.

104) Fr. 6. pr. D. h. t., c. 23. 24. C. h. t.

105) Paul. sent. rec. II. 26. §. 11., c. 22. 29. C. h. t., fr. 10. §. 2. fr. 13. D. t.

106) C. 1. 18. C. h. t.

107) §. 4. J. de publ. iudic. (4. 18).

108) Fr. 6. pr. fr. 34. pr. D. h. t.

109) §. 4. J. de publ. iudic. (4. 18).

110) Fr. 29. §. 5. D. h. t. Vidua heisst hier innupta.

111) Collat. leg. Mos. IV. 2., fr. 29. §. 1. D. h. t.

112) Fr. 1. §. 2. D. de extr. crim. (47. 11).

113) Fr. 38. §. 3. D. de poen. (48. 19).

bedrohte die lex Julia mit der Strafe des adulterium auch gewisse Arten von lenocinium, nämlich denjenigen, welcher sein Haus zu einem strafbaren adulterium oder stuprum hergegeben[114]), ferner den Ehemann der aus dem Ehebruch seiner Frau irgend einen Gewinn gezogen[115]), oder der gegen seine Ehre allzu gleichgültig seine auf der That ertappte Ehefrau nicht auf der Stelle entlassen hätte[116]). Dieselbe Strafe traf nach einem Senatusconsult den Mann, der arglistig selbst den Verführer seiner Frau angestiftet hatte[117]). Straflos blieb aber auch nach der lex Julia das nicht mit einer achtbaren Person begangene stuprum; also das mit einer Person von gemeiner Lebensart[118]), mit der Concubine eines Anderen[119]), oder mit einer Sclavin[120]). Selbst aus der Unzucht oder dem gewöhnlichen lenocinium ein Gewerbe zu machen war gemeinen Personen vorbehältlich der Anzeige bei den Aedilen verstattet, und zog keine öffentliche Strafe, sondern nur die Infamie nach sich[121]). Doch schützte eine solche Anzeige Frauen von achtbarem Stande gegen die Strafen der lex Julia nicht[122]); und die christlichen Kaiser versuchten das schändliche Gewerbe ganz abzuschaffen[123]). Die Vermischung mit dem eigenen Geschlecht wurde nach der alten strengen Sitte mit dem Tode gestraft[124]); auch

114) Fr. 8. 9. 10. pr. §. 1. D. h. t.

115) Fr. 2. §. 2. fr. 8. pr. fr. 29. §. 3. 4. D. h. t., c. 17. C. h. t.

116) Paul. sent. rec. II. 26. §. 8., fr. 2. §. 2. 3. 6. fr. 14. pr. fr. 29. pr. D. h. t., c. 2. 17. 26. 28. C. h. t.

117) Fr. 14. §. 1. D. h. t.

118) Fr. 13. §. 2. D. h. t., fr. 1. §. 1. fr. 3. pr. D. de concub. (25. 7), c. 29. C. h. t.

119) Fr. 16. §. 1. D. de his quae ut indign. (34. 9). Ueber den Grund sehe man §. 533. Note 174. 176.

120) Paul. sent. rec. II. 26. §. 16., fr. 6. pr. D. h. t., c. 25. C. h. t.

121) Fr. 1. 4. §. 2. 3. D. de his qui not. (3. 2). Man sehe darüber Savigny System II. 183. 554—559.

122) Tacit. ann. II. 85., Sueton. Tiber. 35., fr. 10. §. 2. D. h. t.

123) C. 1. 2. C. Th. de lenon. (15. 8), nov. Theodos. tit. XVIII. de lenon., nov. Iustin. 14.

124) Valer. Max. VI. 1, 7. 9. 10. 11., Dionys. exc. p. 2336. ed. Reisk.

bezog sich darauf eine lex Scantinia ungewissen Alters und Inhalts [125]). Die lex Julia behandelte dieses blos als stuprum [126]); nach den späteren Constitutionen stand aber darauf wieder Todesstrafe [127]). Alle aus jener lex hergeleiteten Anklagen verjährten in fünf Jahren [128]). Das stuprum mit Gewalt an Weibern oder Männern gehörte aber unter diese lex Julia nicht, sondern unter die de vi publica [129]); doch wurde bald wider das gewaltsame stuprum an einer freien männlichen Person die Todesstrafe festgesetzt [130]). Die Bigamie wurde an der Frau, die bei noch bestehender Ehe einen anderen Mann nahm, als adulterium verfolgt [131]); den Mann, der zwei Weiber hatte, traf die Strafe der Infamie [132]), und er konnte überdies wegen stuprum angeklagt werden [133]). Endlich eine Heirath unter Verwandten und Verschwägerten innerhalb der verbotenen Grade galt nicht als eine Ehe, sondern als eine ruchlose incestuöse Verbindung [134]), und zwar in grader Linie schon nach der Natur und allgemeinen Sitte, in der Seitenlinie nach dem Civilrecht [135]). Der Incest der ersten Art wurde an beiden Theilen gestraft [136]); der Civilrechtliche aber nur

125) Auson. epigr. 89., Iuvenal. satyr. II. 44., Cicero ad famil. VIII. 12. 14., Sueton. Domit. 8.

126) Fr. 34. §. 1. D. h. t., Collat. leg. Mos. V. 2., Paul. sent. rec. II. 26. §. 13.

127) Collat. leg. Mos. V. 3., c. 6. C. Th. h. t., c. 31. C. J. h. t.

128) Fr. 29. §. 6—9. D. h. t.

129) Fr. 29. §. 9. fr. 39. pr. D. h. t., fr. 3. §. 4. D. ad l. Iul. de vi publ. (48. 6).

130) Collat. leg. Mos. V. 2., Paul. sent. rec. II. 26. §. 12., §. 4. J. de publ. iudic. (4. 18).

131) Fr. 11. §. 12. D. h. t.

132) Fr. 1. 13. §. 4. D. de his qui not. (3. 2), c. 2. C. de incest. nupt. (5. 4).

133) C. 18. C. h. t.

134) Gaius I. 59. 64., fr. 39. §. 1. D. de rit. nupt. (23. 2).

135) Fr. 68. D. de rit. nupt. (23. 2), fr. 5. §. 1. D. de cond. sine caus. (12. 7).

136) Fr. 38. pr. §. 1. 2. 4. D. h. t., Paul. sent. rec. II. 26. §. 15., Collat. leg. Mos. VI. 3.

an dem Manne, und es wurde dabei auf Entschuldigungsgründe Rücksicht genommen[137]). Die Strafe war die der lex Julia wegen Ehebruch[138]), also Relegation auf eine Insel. Die Verbote mussten aber von Diocletian wieder nachdrücklich in Erinnerung gebracht werden[139]), und es wurden nun die Strafen theilweise sehr geschärft, dann wieder gelinder, zuletzt von Justinian wieder verschärft[140]). Der Concubinat unter nahen Angehörigen wurde nach gleichen Grundsätzen behandelt[141]). Hingegen bei dem adulterium und stuprum unter solchen Personen, weil dabei zwei Verbrechen concurrirten, traf den Mann eine schärfere Strafe nämlich die Deportation[142]), das Weib wenigstens die Strafe der lex Julia[143]). Unter Unfreien war von Incest nicht die Rede; nach der Freilassung wurden sie aber selbst hinsichtlich der während der Unfreiheit entstandenen Verwandtschaften nach den gemeinen Grundsätzen beurtheilt[144]). Als Incest galt übrigens auch die Unkeuschheit mit einer Vestalischen Jungfrau, und diese wurde an Beiden mit dem Tode gestraft[145]).

812. Das falsche Zeugniss bestraften die zwölf Tafeln mit dem Tode[146]). Wider die Verfälschung von Testa-

137) Fr. 38. §. 3. 4. 7. D. h. t., fr. 68. D. de rit. nupt. (23. 2), Collat. leg. Mos. VI. 5.

138) Paulus in Collat. leg. Mos. VI. 3.

139) Collat. leg. Mos. VI. 4.

140) C. 1. 3. C. Th. de incest. nupt. (3. 12), c. 4. 6. C. J. de incest. nupt. (5. 4), nov. 12. pr. c. 1.

141) Fr. 56. D. de rit. nupt. (23. 2), fr. 11. §. 1. D. h. t., fr. 1. §. 3. D. de concub. (25. 7).

142) Fr. 5. D. de quaestion. (48. 18), Paul. sent. rec. V. 26. §. 15.

143) Fr. 38. pr. §. 4. D. h. t., Paul. sent. rec. V. 26. §. 15.

144) Fr. 8. 14. §. 2. 3. fr. 56. D. de rit. nupt. (23. 2).

145) Livius IV. 44. VIII. 15. XXII. 57., Cicero de leg. II. 9., Sueton. Domit. 8., Plinius epist. IV. 12., Symmach. epist. IX. 128. 129. Auf einen Fall der Art bezog sich eine Rogation des S. Peducäus, Ascon. in Milon. 12. p. 46 Orell., Cicero de nat. deor. III. 30., und daraus haben die Neueren eine allgemeine lex Peducaea de incestu gemacht.

146) Gellius XX. 1.

menten und Münzen erschien eine lex Cornelia des Sylla[147]). Eine Reihe von Senatusconsulten[148]) und kaiserlichen Constitutionen dehnte diese auf die Verfälschung auch anderer Urkunden, auf das Ablegen oder Anstiften von falschen Zeugnissen und überhaupt auf die mannichfaltigsten Arten directer und indirecter Fälschungen aus[149]), namentlich auf die Unterschiebung einer fremden Geburt[150]), auf die Führung von falschem Masse und Gewicht[151]). Ein Edict des Claudius zog auch das sich Adscribiren eines Vermächtnisses, welches nach dem Libonianischen Senatusconsult blos ungültig war[152]), unter die lex Cornelia[153]), und veranlasste dadurch viele Rechtsfragen und besondere Entscheidungen[154]). Die Strafe war regelmässig die Deportation mit der Publication des Vermögens; an Knechten und geringen Leuten auch der Tod[155]). Besonders strenge wurde die Münzverfälschung geahndet[156]). Die Anmassung der Rechte des Freigeborenen durch Latinen konnte nach der lex Visellia criminell verfolgt werden[157]). Endlich der

147) Cicero In Verr. II. 1, 42., Paul. sent. rec. IV. 7. §. 1., fr. 9. pr. §. 1. 2. D. ad l. Cornel. de fals. (48. 10).

148) Collat. leg. Mos. VIII. 7. Die genaue Aufzählung giebt Rudorff I. §. 51.

149) Paul. sent. rec. V. 25., Collat. leg. Mos. VIII. 2. 3. 5.. fr. 1. pr. §. 1—12. fr. 2. 9. §. 3. 4. fr. 13. 16. 20. 21. 23. 25. 27. 28. 30. 33. D. h. t. (48. 10).

150) Fr. 19. §. 1. D. h. t, c. 1. 10. C. h. t.

151) Fr. 32. §. 1. D. h. t., fr. 6. §. 1. 2. D. de extr. crim. (47. 11).

152) Man sehe §. 683.

153) Fr. 15. pr. D. h. t., c. 3. C. de his qui sibi (9. 23).

154) Fr. 5. 6. 10. 11. 14. 15. §. 1—6. D. h. t.

155) Fr. 1. §. 13. fr. 33. D. h. t., fr. 38. §. 7. 8. 9. D. de poen. (48. 19), Collat. leg. Mos. VIII. 3. 5., Paul. sent. rec. IV. 7. §. 1. V. 25., §. 7. J. de publ. iudic. (4. 18).

156) Fr. 8. 19. pr. D. h. t., c. 1. 2. 5. 9. C. Th. de fals. monet. (9. 21), c. 1. 2. C. J. de fals. monet. (9. 24).

157) C. un. C. de l. Visell. (9. 21), c. un. C. quando civil. (9. 31). Ueber das Alter dieser lex sehe man gegen die irrige Meinung Mommsens oben §. 353. Note 25. §. 438. Note 8. Rudorff hatte I. §. 26. 38. die richtige Ansicht, ist aber später II. §. 116. Anm. Mommsen gefolgt.

Meineid beim Genius des Princeps zog eine öffentliche Züchtigung nach sich; der bei einer Gottheit aber wurde deren Ahndung überlassen [158]. Arcadius wollte jedoch die Anfechtung eines unter Anrufung Gottes geschlossenen Vertrages mit der Infamie bestraft wissen [159].

813. Das plagium an Freien und Knechten ahndete die lex Fabia mit einer schweren Geldbusse [160]; später entstand dafür eine starke ausserordentliche Bestrafung, selbst bis zum Tode [161]. Der Peculat oder Diebstahl an Sachen des Staates kam ursprünglich nach den Umständen vor den Senat und das Volk [162]. Später gab es dafür einen stehenden Gerichtshof [163], also auch ein eigenes Gesetz. Das letzte war eine lex Julia [164]. Die Strafe war die Deportation, gegen Beamte selbst der Tod [165]; in einigen Fällen aber nur der vierfache Ersatz [166]. Die lex begriff auch das sacrilegium oder den Diebstahl an geheiligten Sachen [167]; später wurde dasselbe aber ausserordentlich bis zum Tode geahndet [168]. Die blosse Nichtablieferung eingenommener öffentlicher Gelder strafte die lex Julia de residuis mit der Busse von einem Drittheil der schuldigen Summe [169]. Wider die künstliche Erhöhung der Korn-

158) Fr. 13. §. 6. D. de iureiur. (12. 2), c. 2. C. de reb. cred. (4. 1).

159) C. 41. C. J. de transact. (2. 4). Man sehe darüber Gothofr. ad c. 8. C. Th. de pact. (2. 9).

160) Cicero pro Rabir. 3., fr. 6. §. 2. D. ad l. Fab. de plagiar. (48. 15), Collat. leg. Mos. XIV. 3.

161) Fr. 1. 7. D. h. t., fr. 4. §. 2. D. ad l. Iul. pecul. (48. 13), Collat. leg. Mos. XIV. 2. 3., c. 7. 16. C. h. t. (9. 20), c. un. C. Th. h. t. (9. 18), §. 10. J. de publ. iud. (4. 18).

162) Livius V. 32. XXXVII. 57. XXXVIII. 54.

163) Cicero pro Cluent. 53., pro Murena 20.

164) Fr. 1. 4. §. 7. fr. 6. §. 1. 2. fr. 8. 9. §. 3–6. fr. 10. 11. pr. D. ad l. Iul. pecul. (48. 13).

165) Fr. 3. D. h. t., c. 1. C. Th. de crim. pecul. (9. 28), c. 1. C. J. de crim. pecul. (9. 28), §. 9. J. de publ. iudic. (4. 18).

166) Fr. 6. §. 2. fr. 13. D. h. t., Paul. sent. rec. V. 27.

167) Fr. 4. pr. §. 1. fr. 9. §. 1. D. h. t.

168) Fr. 4. §. 2. fr. 6. pr. fr. 9. pr. D. h. t., Paul. sent. rec. V. 19.

169) Fr. 2. 4. §. 3. 4. 5. D. ad l. Iul. pecul. (48. 13).

preise setzte die lex Iulia de annona eine Geldstrafe von zwanzig Goldgulden fest[170]), und die Dardanarier oder Kornwucherer wurden ausserordentlicher Weise gezüchtigt[171]). Endlich der Zinswucher wurde seit den zwölf Tafeln mit dem Ersatz des Vierfachen gestraft[172]). Es erschienen dawider viele Gesetze[173]). Unter anderen wandte die lex Marcia darauf die legis actio per manus iniectionem an[174]). Die Aedilen verfolgten denselben aber auch von Amtswegen[175]). Diocletian verordnete dawider die Strafe der Infamie[176]), und dabei blieb es unter Justinian, weil er die Constitution des Theodosius, wodurch dieser die abgekommene Strafe des Vierfachen erneuerte[177]), nicht aufnahm.

814. Wider Bestechungen und Erpressungen der Magistrate[178]) hatten die Provinzialen ursprünglich blos Hülfe bei dem Senate, der dann eine aus seiner Mitte zu ernennende Commission mit der Untersuchung und Bestimmung des Ersatzes beauftragte[179]). Das erste Gesetz über dieses Vergehen war die lex Calpurnia des L. Piso Frugi (605), welche auch dafür eine stehende jährlich aus den Senatoren zu erneuernde Commission einsetzte, die darüber statt des Volkes richtete[180]). Die Meinung, dass durch diese lex nur Peregrinen zu der Anklage berechtigt worden wären, lässt sich nicht beweisen. Hierauf folgte die lex

170) Fr. 2. D. de l. Iul. de annona (48. 12).

171) Fr. 6. D. de extr. crim. (47. 11), fr. 37. D. de poen. (48. 19).

172) Cato de re rust. praef., (Ascon) in divin. 7. p. 111 Orell.

173) Livius XXXV. 7.

174) Gaius IV. 23.

175) Livius VII. 28. X. 23. XXXV. 41.

176) C. 20. C. ex quib. caus. infam. (2. 12).

177) C. 2. C. Th. de usur. (2. 33).

178) Die neuesten Schriften darüber sind: Rudorff in Savigny Zeitschr. XII. 136—148., Rein Criminalrecht S. 604—672., C. T. Zumpt De legibus iudiciisque repetundarum in republica Romana commentationes duae. Berolini 1845. 4. Commentatio tertia. Berol. 1847. 4.

179) Livius XLIII. 2.

180) Cicero in Verr. III. 84. IV. 25., Brut. 27., de off. II. 21.

Junia[181]). Beide Gesetze gestatteten auch zur Rückforderung die legis actio sacramento[182]); in welcher Art und Absicht, ob blos den Bürgern oder auch den Peregrinen, ist ungewiss[183]). Dann kam die lex Acilia, wovon nur eine die Procedur berührende Bestimmung bekannt ist[184]). Hierauf zwischen 648 bis 654 die lex des Tribunen C. Servilius Glaucia[185]), welche die durch die lex Acilia bestimmte Procedur änderte, aber die Klage aus der lex Calpurnia und lex Junia bestehen liess[186]). Durch sie wurde auch wie es scheint der Vorsitz jener stehenden Commission, den

181) Die einzige Erwähnung derselben ist in den Fragm. l Servil. c. 8. 22.

182) Fragm. l. Servil. c. 8.

183) Die neueren Schriftsteller tragen hier ihre Meinungen mit viel zu grosser Gewissheit vor.

184) Cicero in Verr. I. 17. II. 1, 9. ibiq. (Ascon.) p. 149. 165 Orell. Andere setzen die lex Acilia nach der lex Servilia, so Klenze, Göttling, Rein. Allein das Gegentheil hat überwiegende Gründe für sich. Man sehe Orelli Index legum v. Acilia, Geib Röm. Criminalproc. S. 373., Zumpt p. 18., Rudorff I. §. 31. Note 4. Irrig ist es auch, wenn Klenze und nach ihm Viele das römische Gesetz auf der Bantinischen Tafel (Bruns Fontes p. 47) für ein Bruchstück dieser lex Acilia halten. Dazu passt der Inhalt nicht. Man sehe Göttling Urkunden S. 44., Rein Privatrecht S. 12.

185) Dieses Gesetz ist aus den auf Erz erhaltenen Bruchstücken restituirt von Klenze Fragmenta legis Serviliae repetundarum. Berol. 1825. 4. Eine neue Vergleichung mit dem Original ist bei Göttling Urkunden S. 40—43., Bruns Fontes p. 35. Zumpt hält aber jetzt jene Bruchstücke gar nicht für Theile der lex Servilia, sondern der lex Acilia. Allein sein Hauptgrund, dass die lex Servilia keine ampliatio zugelassen, dass jedoch eine solche in jenen Fragmenten vorkomme, ist aus denselben nicht mit Sicherheit zu ersehen. Den ihm entgegenstehenden Umstand, dass in anderen Berichten Bestimmungen der lex Servilia erwähnt werden, die sich auch in jenen Bruchstücken finden, will er durch die Annahme beseitigen, dass diese Bestimmungen auch schon in der lex Acilia vorgekommen seien. Ihm folgt Huschke Gajus S. 4. Eine dritte Meinung hat Rudorff I. §. 31. 81., welcher jene Bruchstücke weder für die der lex Acilia noch der lex Servilia, sondern einer dritten unbekannten lex hält. Allein seine Gründe sind nicht überzeugend.

186) Fragm. l. Servil. c. 22.

bis dahin der mit der Jurisdiction für die Peregrinen beauftragte Prätor gehabt hatte, einem durchs Loos aus den vier anderen Prätoren zu Wählenden übertragen[187]). Hierauf folgte die lex Cornelia des Sylla[188]), dann die weitläufige lex Julia des Cäsar[189]), welche die Grundlage bis in die späten Zeiten geblieben ist[190]). Der Gerichtshof hatte zunächst nur, ob der Angeklagte schuldig sei, auszusprechen; dann erst wurde von denselben Richtern die litis aestimatio vorgenommen, welche nach Umständen selbst auf das caput und auf Exil[191]), gewöhnlich aber nur auf Ersatz des Genommenen gerichtet war[192]), und zwar früher aufs Einfache, seit der lex Servilia aber aufs Doppelte[193]), nach der lex Cornelia aufs Vierfache[194]). Doch waren seit der lex Julia auch Ehrenstrafen damit verbunden[195]). Später wurden diese Vergehen ausserordentlich, gewöhnlich mit dem Exil gestraft[196]). Die Anklage war wie beim Majestätsvergehen auch noch nach dem Tode zulässig[197]); desgleichen gegen Dritte, denen, wie sich bei den Untersuchungen der litis aestimatio ergab, das Erpresste zugeflossen war[198]). Auch die Annahme einer Bestechung von

187) Fragm. I. Servil. c. 6. 7.

188) Cicero pro Rabir. Post. 4. Unter dieser lex geschah der Process gegen den Verres. Man sehe darüber Zumpt p. 42—50.

189) Cicero pro Sext. 64., pro Rabir. Post. 4. 5. Auf sie bezieht sich auch ad famil. VIII. 8., pro Flacco 6., in Vatin. 12. ibiq. Schol. Bob. p. 321 Orell. Von ihr ist vielleicht das Fragment in Haubold monum. p. 140.

190) D. XLVIII. 11., C. Th. IX. 27., C. J. IX. 27.

191) Cicero pro Cluent. 41., in Verr. I. 13. ibiq. (Ascon.) p. 146. 147 Orell., pro Balbo 11., Vell. Pat. II. 8.

192) Fragm. I Servil. c. 18. 19., (Ascon.) in Verr. I. 13. p. 147 Orell., Cicero pro Rabir. Post. 4., ad famil. VIII. 8., Tacit. ann. I. 74.

193) Fragm. I. Servil. c. 18.

194) (Ascon.) in Verr. I. 13. p. 147 Orell.

195) Sueton. Caesar. 43., Tacit. hist. I. 77., fr. 6. §. 1. D. h. t.

196) Fr. 7. §. 3. D. h. t., Tacit. ann. XIV. 28.

197) Plinius epist. III. 9., fr. 20. D. de accus. (48. 2), fr. 2. D. h. t.

198) Cicero pro Rabir. Post. 4. 6., pro Cluent. 41., ad famil. VIII. 8.

Seiten eines Richters, worauf die zwölf Tafeln die Todesstrafe gesetzt hatten [199]), gehörte unter dieses Vergehen [200]).

815. Wider den ambitus oder die Anwendung unerlaubter Mittel zur Erlangung öffentlicher Aemter waren schon früh Gesetze [201]) und strenge Strafen [202]) versucht worden. Eine lex Cornelia, wahrscheinlich des Consuls Cn. Cornelius Dolabella (595), bestrafte mit zehnjähriger Unfähigkeit zur Magistratur [203]). In der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts bestand dafür auch bereits eine stehende quästio [204]). Im Jahr 687 setzte der Senat nach grossen Anstrengungen die lex Calpurnia durch, welche die Unfähigkeit zur Magistratur und zum Senate für immer und noch dazu eine Geldstrafe aussprach [205]). Die lex Tullia des Cicero (691) fügte noch die Strafe des zehnjährigen Exils hinzu [206]). Ferner gehört dahin die Rogation des Tribunen Aufidius Lurco (693), die jedoch nicht durchgieng [207]), dann die lex Licinia de sodaliciis (699), welche für diese Gattung von ambitus auch eine eigene quästio einsetzte [208]), die lex Pompeja (702) [209]), endlich die lex Julia des Au-

---

199) Gellius XX. 1.

200) Cicero pro Cluent. 37., in Verr. I. 13., fr. 3. 7. pr. D. h. t., fr. 38. §. 10. D. de poen. (48. 19), Paul. sent. rec. V. 28.

201) Livius IV. 25. VII. 15. IX. 26. XL. 19. Eine fleissige Arbeit über diesen Gegenstand ist: Rinkes Disputatio de crimine ambitus et de sodaliciis apud Romanos tempore liberae reipublicae. Lugduni-Batavorum 1854.

202) Polyb. VI. 56 (54).

203) Livii epit. 47., Schol. Bob. pro Sylla 5. p. 361 Orell. In der letzten Stelle wird eine lex Cornelia und die Strafe erwähnt. Rudorff I. §. 32. bezieht die lex auf P. Cornelius Cethegus (573), Livius XL. 19. Rinkes bezieht sie auf Sylla.

204) Cicero Brut. 30.

205) Dio Cass. XXXVI. 21., Ascon. in Cornel. p. 68 Orell., Schol. Bob. pro Sylla 5. p. 361 Orell., Cicero pro Murena 23.

206) Dio Cass. XXXVII. 29., Cicero pro Murena 3. 23. 32,, in Vatin. 15., Schol. Bob. pro Sylla 5. p. 362. pro Sext. 64. p. 309 Orell.

207) Cicero ad Att. I. 16. 18.

208) Man sehe §. 257.

209) Ascon. in argum. Milon. p. 37 Orell., Dio Cass. XL. 52.

gustus[210]). Dem Ankläger, der die Anklage durchsetzte, waren eigenthümliche Belohnungen zugesichert; er rückte in die Tribus des Verurtheilten ein, wenn ihm dieses vortheilhaft war[211]), und wenn er selbst einmal wegen desselben Vergehens verurtheilt worden, so wurde er gegen die Strafe restituirt[212]). Unter den Kaisern, als der Princeps selbst die Magistraturen verlieh, blieb die lex Julia nur in einem sehr verkleinerten Massstabe bei den Municipalämtern anwendbar[213]); doch gab sie noch immer den Namen, wonach gewisse Ungesetzlichkeiten in der Bewerbung um Staatsämter gestraft wurden[214]).

816. Die ausserordentlichen Vergehen sind schon zum Theil bei den ihnen verwandten ordentlichen genannt worden. Ausserdem sind noch folgende anzuführen. Strassenräuber und Banditen wurden im Interesse der öffentlichen Sicherheit sehr strenge und augenblicklich gerichtet[215]); eben so ihre Hehler[216]). Die Flucht aus dem Gefängniss oder vom angewiesenen Straforte zog die Strafe des folgenden Grades selbst bis zur Todesstrafe nach sich[217]). Wider die Theilnahme an gesetzlich nicht authorisirten Collegien erschienen viele Senatusconsulte, Edicte und Mandate[218]), und sie wurden wie Staatsverbrechen bestraft[219]). Ausserordentliche Vergehen waren ferner die Concussion oder Erpressung durch Vorspiegelung eines

210) Sueton. Octav. 34., Dio Cass. LIV. 16.

211) Cicero pro Balbo 25., Ascon. in Milon. 35. p. 54 Orell.

212) Cicero pro Cluent. 36., Dio Cass. XL. 52., fr. 1. §. 2. D. de l. Iulia ambit. (48. 14).

213) Fr. un. D. ad l. Iul. ambit. (48. 14), Paul. sent. rec. V. 30 A.

214) C. Th. IX. 26., C. J. IX. 26.

215) Fr. 28. §. 15. D. de poen. (48. 19), nov. 134. c. 13.

216) Fr. 13. pr. D. de off. praes. (1. 18), Paul. sent. rec. V. 3. §. 4., D. XLVII. 16., C. Th. IX. 29., C. J. IX. 39.

217) Fr. 8. §. 7. fr. 28. §. 13. 14. D. de poen. (48. 19), fr. 1. §. 1. D. de effract. (47. 18).

218) Fr. 1 3. D. de colleg. (47. 22), fr. 2. D. de extr. crim. (47. 11). Man sehe §. 256. 348.

219) Fr. 2. D. h. t., fr. 1. §. 1. ad l. Iul. maiest. (48. 4).

obrigkeitlichen Befehls[220]), die Prävarication der Advocaten gegen ihre Clienten, später auch die der Ankläger in einem Criminalprocess,[221]), die gewinnsüchtige Angeberei beim Fiscus[222]), das muthwillige Verderben der öffentlichen Cisternen und in Aegypten der Nildämme[223]), die Abtreibung der Leibesfrucht[224]), das Eingeben eines Liebestrankes[225]), die Ausübung unerlaubter Gaukler- und Schlangenkünste[226]). Endlich konnten alle Ränke und Prellereien, die unter kein bestimmtes Vergehen passten, als Stellionat ausserordentlich verfolgt werden[227]).

817. Neben den gemeinen Verbrechen unterschied man die eigenthümlichen Vergehen der Soldaten[228]). Diese waren der Verrath und das Uebergehen zum Feinde[229]), die Desertion und Entfernung ohne Urlaub[230]), das Verlassen des Wachtpostens oder Pickets[231]), das Ausreissen und Wegwerfen der Waffen in der Schlacht[232]), unterlassene Vertheidigung eines Vorgesetzten[233]), Anstiften einer Meu-

220) Fr. 1. 2. D. de concuss. (47. 13).

221) Fr. 1. 2. 3. D. de praevar. (47. 15).

222) Paul. sent. rec. V. 13. §. 1. 2., fr. 2. pr. D. de iure fisci (49. 14), c. 1. 2. C. Th. de petit. (10. 10), c. 2. 4. 5. C. de delat. (10. 11).

223) Fr. 1. §. 1. fr. 10. D. de extr. crim. (47. 11), C. Th. IX. 32., C. J. IX. 38.

224) Fr. 4. D. de extr. crim. (47. 22), fr. 38. §. 5. fr. 39. D. de poen. (48. 19), fr. 8. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), nov. 22. c. 16. §. 1.

225) Paul. sent. rec. V. 23. §. 14., fr. 38. §. 5. D. de poen. (48. 19), fr. 3. §. 2. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8).

226) Fr. 7. 11. D. de extr. crim. (47. 11).

227) Fr. 2. 3. 4. D. stellionat. (47. 20).

228) Fr. 2. pr. fr. 6. pr. D. de re milit. (49. 16).

229) Livius XXX. 43., fr. 3. §. 10. 11. 12. fr. 5. §. 5—8. fr. 6. §. 4. fr. 7. D. h. t., fr. 8. §. 2. fr. 38. §. 1. D. de poen. (48. 19), fr. 3. §. 6. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8).

230) Fr. 3. pr. §. 2. 3. 7. 8. 9. 16. fr. 4. §. 13. 14. 15. fr. 5. pr. §. 1—4. fr. 13. §. 5. 6. fr. 14. pr. D. h. t. (49. 16).

231) Polyb. VI. 36. 37 (34. 35)., fr. 3. §. 4. 5. 6. fr. 10. pr. D. h. t.

232) Dionys. IX. 50., Polyb. VI. 37 (35)., fr. 6. §. 3. D. h. t.

233) Fr. 3. §. 22. fr. 6. §. 8. 9. D. h. t.

terei[234]), Ungehorsam und Widersetzlichkeit gegen die Oberen[235]), Veräusserung der Waffen und Monturstücke[236]), Verwundung eines Cameraden[237]), Diebstahl im Lager oder von Waffen[238]), Einsteigen ins Lager über den Wall und Ueberspringen des Grabens[239]), Versuch des Selbstmordes[240]). Die Strafen waren verschieden, aber durchgängig sehr strenge.

818. Was endlich die Verbrechen der Knechte betrifft, so wurden diese früher wohl arbiträr, nach einem 773 verfassten Senatusconsult aber im Ganzen nach den gemeinen Grundsätzen beurtheilt[241]). Doch gab es auch eigenthümliche Bestimmungen. Der auf dem offenbaren Diebstahl gefundene Knecht wurde nach den zwölf Tafeln gegeisselt und hingerichtet; das Edict setzte aber auch hiefür die gewöhnliche Strafe des vierfachen Ersatzes fest[242]). Ferner waren die Knechte für das Leben ihres Herrn in der Art verantwortlich gemacht, dass bei der Ermordung desselben nach dem Silanianischen Senatusconsult (763) und mit Benutzung mehrerer schon in der lex Cornelia de sicariis enthaltenen Bestimmungen[243]) Alle, die sich mit unter demselben Dach befunden, auf der Folter über den Thäter und den Anstifter der That sorgfältig ausgefragt und dann, weil sie dem Herrn nicht beigestanden, sämmtlich hingerichtet wurden[244]). Vor der Vollziehung dieser Anordnungen durfte bei

234) Fr. 3. §. 20. 21. 22. fr. 16. §. 1. D. h. t.

235) Fr. 3. §. 13. fr. 6. §. 1. 2. fr. 13. §. 4. D. h. t.

236) Fr. 3. §. 13. fr. 14. §. 1. D. h. t.

237) Fr. 6. §. 6. D. h. t.

238) Polyb. VI. 33. 35 (31. 33)., Gellius XVI. 4., fr. 3. §. 14. D. h. t.

239) Fr. 3. §. 17. 18. D. h. t.

240) Fr. 6. §. 7. D. h. t., fr. 38. §. 12. D. de poen. (48. 19).

241) Fr. 12. §. 3. 4. D. de accus. (48. 2), fr. 20. D. de obl. (44. 7), fr. 4. §. 2. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8).

242) Gellius XI. 18., Gaius III. 189.

243) Fr. 25. pr. §. 1. D. h. t.

244) Fr. 1. pr. §. 7. 8. 9. 18—21. 25—28. fr. 6. pr. fr. 14. 17. 19. D. ad SC. Silan. (29. 5), Paul. sent. rec. III. 5. §. 3. 6. 7. 8. 11. 12., Tacit. ann. XIV. 42.

Verlust der Erbschaft an den Staat weder das hinterlassene Testament eröffnet noch die Erbschaft angetreten werden[245]). Durch ein gleich darauf folgendes Senatusconsult (764)[246]), ferner durch ein Senatusconsultum Neronianum, Claudianum oder Pisonianum[247]), und durch das prätorische Edict, welches wider die vorzeitige Eröffnung noch eine durch eine Popularklage zu verfolgende Geldstrafe festsetzte[248]), wurden diese Bestimmungen noch vervollständigt.

Viertes Kapitel.

Von den Strafen.

819. Die in den alten Gesetzen enthaltenen Strafen waren acht: Vermögensbussen, körperliche Haft, Schläge, Talion, Verlust der Ehre, Exil, Knechtschaft, Tod[1]). Unter den Kaisern kamen noch andere Arten auf, und es gab nun verschiedene Eintheilungen. Zunächst sind die reinen Vermögensbussen oder Brüchten von den eigentlichen Strafen zu trennen. Der Unterschied besteht darin, dass Letztere an die bürgerliche Ehre giengen, Jene nicht[2]). Ferner unterschied man unter den eigentlichen Strafen die Capitalstrafen, welche das Leben, die Freiheit oder die Civität nahmen[3]), und die Anderen wobei dieses nicht der Fall war[4]). Auch wurden die eigentlichen Strafen in schwere,

245) Fr. 3. §. 29. fr. 5. §. 2. D. h. t.

246) Fr. 13. D. h. t.

247) Paul. sent. rec. III. 5. §. 5., pr. 8. pr. D. h. t.

248) Fr. 25. §. 2. D. h. t., Paul. sent. rec. III. 5. §. 10.

1) Cicero apud Augustin. de civit. dei XXI. 11.

2) Fr. 131. D. de verb. sign. (50. 16), c. 1. C. de modo mult. (1. 54).

3) Fr. 103. D. de verb. sign. (50. 16), fr. 2. pr. D. h. t. (48. 19).

4) Fr. 2. D. de publ. iudic. (48. 1), fr. 28. pr. §. 1. D. h. t.

mittlere und leichte eingetheilt[5]). In der Anwendbarkeit dieser Strafarten war früher zwischen den Bürgern und den anderen Unterthanen ein grosser Unterschied[6]). Später trat der Gegensatz der gemeinen Leute zu den höheren Ständen[7]), insbesondere zu den Decurionen[8]), deren Vorrechte nun aber auch die Veteranen hatten[9]), gewissermassen an die Stelle. Die Knechte wurden von jeher härter gestraft, später aber doch gewöhnlich den gemeinen Leuten gleich gehalten[10]). Manche Strafen waren aber natürlich bei ihnen gar nicht anwendbar, namentlich Vermögensstrafen und die Relegation[11]). Der unter einer Bedingung Manumittirte wurde früher bei der Bestrafung als ein Knecht[12]), später als ein Freier behandelt[13]).

820. Die Vermögensbussen waren zwiefacher Art. Einmal die Brüchten, welche die Magistrate kraft der ihnen zustehenden Gerichtsbarkeit und Zwangsgewalt auferlegten. Das Maximum derselben war durch die lex Valeria (245) auf zwei Schafe und fünf Rinder beschränkt, wurde aber durch die lex Aternia auf zwei Schafe und dreissig Rinder erweitert[14]). Bei den Mulcten, die gegen Widerspenstige verfügt wurden, war das Verfahren so, dass der Magistrat mit einem Stücke anfieng und immer um Eins steigerte[15]). Der Gebrauch sie in Schafen und Rindern aus-

---

5) Paul. sent. rec. V. 17. §. 3.

6) Man sehe §. 104. 352.

7) Fr. 28. §. 2. 5. fr. 38. §. 3. 5. 7. D. h. t., c. 1. C. Th. de falsa moneta (9. 21), c. 75. C. Th. de decur. (12. 1).

8) Fr. 9. §. 11—15. fr. 15. 28. §. 5. D. h. t., fr. 6. §. 2. D. de interd. (48. 22).

9) Fr. 1. 3. D. de veteran. (49. 18), c. 5. C. de poen. (9. 47).

10) Fr. 10. pr. fr. 16. §. 3. fr. 28. §. 16. D. h. t.

11) Fr. 12. §. 4. D. de accus. (48. 2), fr. 5. D. si ex noxal. (2. 9).

12) Fr. 29. pr. D. de statulib. (40. 7).

13) Fr. 9. §. 16. D. h. t., fr. 14. D. de quaest. (48. 18).

14) Man sehe §. 40. Note 6. §. 47. Note 47.

15) Plinius hist. nat. XVIII. 3., Gellius XI. 1., Varro de ling. lat. V. 177. So versteht diese Stellen auch Schwegler. Mommsen dagegen meint, zwei Schafe sei die suprema multa für den geringen

zusprechen, bestand lange Zeit fort[16]); allein die wirkliche Zahlung geschah seit der lex Papiria (324) in Geld, so dass das Schaf zu zehn das Rind zu hundert Assen geschätzt war[17]). Unter den Kaisern wurden natürlich die Verhältnisse anders[18]). Die andere Art von Vermögensbussen waren die schweren Geldstrafen, wozu das Volk auf den Antrag eines Magistrates verurtheilte. Was das Mass derselben betrifft, so war dieses entweder durch ein Gesetz vorgezeichnet[19]), oder der Rogirende hatte dabei freie Hand; doch war es in diesem Falle Gebrauch, mit der Mulct unter der Hälfte des Vermögens zu bleiben[20]). Uebrigens gab es auch Geldstrafen in den peinlichen Gerichten, die also eigentliche Strafen waren[21]). Unvermögende büssten statt des Geldes mit Gefängniss[22]); oder es gieng ihnen gar an die Haut[23]); so namentlich den Knechten[24]).

821. Von den Capitalstrafen war die höchste die To-

Landmann, dreissig Rinder die für den reichen Heerdenbesitzer gewesen. Lange versteht das Verhältniss so, zwei Schafe sei das Maximum bei kleinen Delicten, dreissig Rinder das bei grösseren gewesen. Diese Auslegungen verwirft mit Recht Eisenlohr Provocatio S. 87—90. Er selbst aber glaubt, der Magistrat sei nicht an eine Stufenfolge gebunden gewesen, sondern habe gleich mit einer höheren Busse anfangen können.

16) Varro de re rust. II. 1, 9., Gellius XI. 1.

17) Livius IV. 30., Cicero de re publ. II. 35., Gellius XI. 1., Festus v. aestimata, multam, ovibus, peculatus. In der letzten Stelle sind Widersprüche und Irrthümer.

18) Man sehe §. 401. Note 6.

19) Fr. 244. D. de verb. sign. (50. 16). Beispiele einer solchen gesetzlichen Mulct geben Fragm. I. (Acil. repetund.) lin. 7., Fragm. plebisc. antiq. lin. 5 (Haubold monum. p. 75. 83).

20) Cato ap. Gell. VII. 3., Lex Silia apud Fest. v. publica pondera (wo minore parti familias zu lesen ist), Fragm. (l. Acil. repetund.) lin. 10.

21) Fr. 2. D. de publ. iudic. (48. 1), §. 2. J. de publ. iudic. (4. 18).

22) Dionys. fragm. XIII. 5., Plutarch. Cato mai. 15.

23) Fr. 1. §. 3. D. h. t., fr. 7. §. 3. D. de iurisd. (2. 1).

24) Fr. 5. D. si ex noxal. (2. 9), fr. 3. §. 1. D. de termin. (47. 21).

desstrafe, deren Anwendung jedoch durch die leges Porciae unter der Republik gegen Bürger sehr beschränkt war. Die alterthümliche Form derselben war das Spannen in die furca oder den Halsblock und Stäupen bis zum Tode[25]). Andere Arten waren die Enthauptung, ursprünglich durch das Beil[26]), unter den Kaisern durch das Schwerdt, was als die gelindeste Todesart galt[27]); das Herabstürzen von einem Felsen[28]), das Erdrosseln im Gefängniss[29]), beides später verboten[30]); das Verbrennen[31]), die Kreuzigung[32]), welche aber Constantin untersagte[33]), weshalb die furca, das heisst im neueren Rechte der Galgen, an die Stelle trat[34]). Lebendig Begraben fand nur an Vestalischen Jungfrauen wegen Incestes statt[35]). Davon abgesehen trug die Sitte Scheu überhaupt eine Jungfrau dem Henkertod zu übergeben, bis dass man dieses später auf eine schändliche Art umgieng[36]). Die Wahl einer beliebigen Todesart konnte nur der Kaiser gewähren[37]). Der Todesstrafe stand der Sache nach gleich die Verurtheilung zu dem Schwerdt der Gladiatoren[38]), die aber mit diesen seit Constantin aufhörte[39]), und die Verurtheilung zu den

---

25) Sueton. Nero 49., Livius III. 55., Tacit. ann. II. 32. XVI. 11.

26) Dionys. II. 29., Livius II. 5. X. 1. 9.

27) Fr. 8. §. 1. D. h. t., Lactant. de mort. persec. 22.

28) Gellius XX. 1., Livius VI. 20., Dio Cass. LX. 18.

29) Sallust. Catil. 55., Valer. Max. V. 4.7., Tacit. ann. VI. 39.

30) Fr. 8. §. 1. fr. 25. D. h. t.

31) Diodor. XII. 26., Amm. Marc. XXVIII. 1, 28. 29., fr. 8. §. 2. fr. 28. pr. §. 11. 12. D. h. t.

32) Dionys. V. 51., Livius XXX. 43., Paul. sent. rec. V. 17. §. 3. V. 21. §. 4. V. 22. §. 1.

33) Aurel. Victor de Caesar. 41., Sozomen. hist. eccl. I. 8.

34) Fr. 28. pr. §. 15. fr. 38. §. 2. D. h. t.

35) Dionys. II. 67., Plutarch. Numa 10., Livius VIII. 15.

36) Sueton. Tiber. 61., Dio Cass. LVIII. 11., Tacit. ann. V. 9.

37) Tacit. ann. XV. 61., Sueton. Domit. 8. 11., fr. 8. §. 1. D. h. t.

38) Ulpian. in Collat. leg. Mos. XI. 7., Paul. sent. rec. V. 17. §. 3., c. 1. C. Th. ad l. Fab. (9. 19).

39) C. 1. C. Th. de gladiat. (15. 12), c. 1. C. J. de gladiat. (11. 43).

Bestien[40]). Diese wurde jedoch nicht gegen römische Bürger[41]), und später überhaupt nur gegen Leute geringeren Standes gebraucht[42]). Wer den Bestien nicht gleich erlag, wurde im Spoliarium vollends niedergemacht[43]).

822. Eine andere Capitalstrafe war die Verstossung in die Knechtschaft. Diese war im alten Strafrecht selten[44]). Später kam die Verurtheilung in die Bergwerke auf, und zwar in einer doppelten aber rechtlich wenig verschiedenen Form: nämlich zum Grubenbau selbst (in metallum), oder zu einem dazu gehörenden Werke (in opus metalli), beides nöthigenfalls auch in eine fremde Provinz hin[45]). Diese Strafe wurde regelmässig auf Lebenszeit[46]), aber nur gegen Knechte und gemeine Leute[47]), und gegen Weiber gewöhnlich nur zu Handlangerdiensten (in ministerium metallicorum) ausgesprochen[48]). Ferner gehört hieher die Verurtheilung zu den Kampf- oder Jagdspielen[49]). Die dazu oder zu den Bergwerken Verurtheilten erhielten auch ein Brandmahl ins Gesicht, was aber Constantin milderte[50]). Bei allen diesen Lebens- und Freiheitsstrafen wurde man von der Sentenz an Knecht, aber nicht des Kaisers, sondern der Strafe[51]). Ein zu einer solchen Strafe verurtheil-

---

40) Fr. 1. pr. D. h. t.

41) Acta S. Pothini et martyr. Lugdun. 11. 12.

42) Paul. sent rec. V. 23. §. 1. 15. 16. 17., fr. 3. §. 5. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8), fr. 1. 3. D. de veteran. (49. 18).

43) Seneca epist. 93. i. f., Acta S. Perpetuae 21.

44) Man sehe §. 476. 509.

45) Fr. 8. §. 4. 5. 6. fr. 28. pr. D. h. t., fr. 5. §. 3. D. de extr. cogn. (50. 13).

46) Fr. 28. §. 6. fr. 22. 23. D. h. t.

47) Fr. 8. §. 12. fr. 28. §. 5. D. h. t., fr. 3. D. de veteran. (49. 18).

48) Fr. 8. §. 8. fr. 36. D. h. t., c. 9. C. h. t. (9. 47).

49) Ulpian. in Collat. leg. Mos. XI. 7., fr. 8. §. 11. 12. D. h. t.

50) C. 2. C. Th. h. t. (9. 40), c. 17. C. J. h. t. (9. 47).

51) Fr. 6. §. 6. D. de iniuste (28. 3), fr. 25. §. 2. 3. D. de acq. vel. om. hered. (29. 2), fr. 8. §. 11. fr. 12. fr. 17. pr. fr. 36. D. h. t. Man sehe §. 476.

ter Knecht gehörte daher seinem Herrn nicht mehr[52]). Die blos zu den Spielen Verurtheilten konnten aber nach einer gewissen Zeit die Freiheit erhalten[53]).

823. Capitalstrafen, welche nicht die Freiheit sondern nur die Civität nahmen, gab es im alten Recht nicht[54]). Man entschloss sich aber häufig freiwillig zum Exil, um sich der Schmach der Anklage oder einer schwereren Strafe zu entziehen[55]). Doch schützte dieses nicht schlechthin gegen Reclamationen um Auslieferung; auch durfte es dem Staate seiner Sicherheit wegen nicht gleichgültig sein, wohin sich seine Exulirenden wandten. Der freiwilligen Verbannung folgte daher immer ein Plebiscit, welches das Exil als ein rechtmässiges anerkannte[56]), aber auch um die Rückkehr unmöglich zu machen, Obdach, Feuer und Wasser zu leihen interdicirte[57]). Durch die Porcischen und andere Gesetze wurde jenes Recht des Exulirens allgemein gestattet[58]), zugleich aber die Städte bestimmt, wo sich die Exulirenden aufhalten durften, und darüber in den Bundbriefen das Nöthige festgesetzt[59]). Neben dieser freiwilligen Auswanderung kam aber schon unter der Republik auch die Verhängung des Exils durch das Volk mit der Interdiction des Feuers und Wassers als Strafe auf[60]). Die Kaiser verbanden damit häufig die Anweisung einer

52) Fr. 8. §. 12. D. h. t.

53) Ulpian. in Collat. leg. Mosaic. XI. 7. Man sehe dazu Gothofr. ad c. un. C. Th. ad l. Fab. (9. 18).

54) Cicero pro Caecin. 34., Declam. pro domo 29.

55) Livius I. 41. II. 35. III. 13. 58. V. 32., Cicero pro Caecina 33. 34.

56) Livius XXVI. 3. Darauf bezieht sich auch Livius V. 32. 46.

57) Livius XXV. 4. Die Bedeutung der aquae et ignis interdictio zeigt gut Jhering Geist des röm. Rechts I. 273.

58) Sallust. Catil. 51.

59) Polyb. VI. 14 (12), Livius XLIII. 2. Daher konnte es vorkommen, dass ein Staat römische Exulirende nicht aufnehmen durfte, Polyb. XXII. 26., und umgekehrt dass ein Fremder das ius exulandi in Rom nicht hatte, Cicero de orat. I. 39.

60) Appian. de bell. civ. I. 31., Declam. pro domo 31., Cicero pro Muren. 23., Dio Cass. XXXVII. 29. XXXVIII. 17. 18.

bestimmten Insel[61]). So blieben das Exil oder die Interdiction der alten Art und die Deportation neben einander als Strafen ungefähr gleichen Ranges[62]); doch wurde der That nach die Deportation häufiger gebraucht[63]). Beide zogen den Verlust der Civität[64]), also auch des Rechts zu erben und zu vererben[65]), nach sich; ja der Deportirte wurde aus dem Standpunkt des Civilrechts als todt angesehen[66]). Uebrigens hatten nur die prätorischen Präfecten, ihre einstweiligen Vertreter, und der Stadtpräfect das Recht die Deportation zu verfügen; die Statthalter mussten dazu den Befehl des Kaisers einholen[67]). Eine andere Strafe, welche den Verlust der Civität bewirkte, war die Verurtheilung zu öffentlichen Zwangsarbeiten (in opus publicum), wenn sie auf Lebenszeit geschah[68]). Die Strafe wurde nicht gegen Personen höheren Standes, aber auch nicht gegen Knechte angewendet[69]).

824. Mit den Capitalstrafen war, nach dem Vorgang des alten Sacralrechts, der Verlust des Vermögens an den Staat verbunden. Schon zur Zeit der Republik zog selbst das Exil regelmässig die Publication des Vermögens nach

61) Die Cass. LVI. 27., Tacit. ann. III. 38. 68. 69. IV. 13. 21. 30. VI. 30.

62) Fr. 8. §. 1. 2. D. qui testam. (28. 1), fr. 1. §. 2. D. de legat. III. (32), c. I. C. de repud. (5. 17).

63) Fr. 2. §. 1. D. h. t., fr. 3. D. ad l. Iul. peccul. (48. 13). Davon handelt: Fr. von Holtzendorff Die Deportationsstrafe im römischen Alterthum. Leipzig 1859.

64) Fr. I. §. 2. 3. 4. D. de legat. III. (32), fr. 2. §. 1. fr. 17. §. 1. D. h. t., fr. 5. §. 3. D. de extr. cogn. (50. 13), Plinius epist. IV. 11., Gaius I. 90. 128.

65) Fr. 13. D. de bon. poss. (37. 1), fr. 7. §. 5. D. de bon. damnat. (48. 20), c. 2. C. de hon. praescript. (9. 49).

66) Fr. I. §. 8. D. de b. p. contra tab. (37. 4), fr. 4. §. 2. D. de bon. libert. (38. 2). Man sehe Savigny System II. 71—73.

67) Fr. 1. §. 4. D. de legat. III. (30), fr. 6. §. I. D. de interd. (48. 22), fr. 2. §. I. D. de poen. (48. 19).

68) Fr. 17. §. 1. fr. 28. §. 6. D. h. t, c. 1. C. h. t. (9. 47).

69) Fr. 3. D. de veteran. (49. 18), c. 3. C. h. t., fr. 34. pr. D. h. t.

sich[70]). Um so mehr wurde unter den Kaisern nicht blos mit allen Lebens- und Freiheitsstrafen[71]), sondern auch mit dem Exil und der Deportation[72]), und wahrscheinlich auch mit der Verurtheilung zur lebenslänglichen Zwangsarbeit[73]) die Vermögensconfiscation verknüpft. Wenn jedoch Kinder vorhanden waren, so verblieb diesen regelmässig die Hälfte[74]). Seit dem zweiten Theodosius mussten auch die Vorsteher der Provinzen über jede Confiscation beim Kaiser anfragen[75]), und Justinian schaffte, wenn Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grade da waren, mit Ausnahme des Majestätsverbrechens die Confiscation ganz ab[76]). Der Heimfall des Vermögens an den Fiscus setzte aber immer die vollständige Verurtheilung voraus[77]). Wenn daher der Verklagte während des Processes[78]), ja selbst wenn er nach der Verurtheilung aber während der Appellation starb, so wurde er in der gewöhnlichen Weise beerbt[79]); nur mussten im letzten Falle die Erben die Appellation zum Ende führen[80]). Durch Selbstmord konnte jedoch der Verklagte die Confiscation nicht abhalten[81]);

---

70) Dionys. VIII. 79., Livius III. 58. XXV. 4., Dio Cass. XXXVIII. 17.

71) Dio Cass. LVIII. 16., fr. 1. pr. D. de bon. damnat. (48. 20).

72) Tacit. ann. III. 23. 68. IV. 20. 21. XIII. 43., fr. 8. §. 1. 2. D. qui testam. (28. 1), Herenn. Modestin. fragm. (in Ulpiani fragm. ed. Böcking 1845. p. 148), fr. 3. D. de interd. (48. 22), c. 6. C. de bon. proscript. (9. 49).

73) C. 1. C. h. t. (9. 47).

74) Fr. 7. pr. §. 2. 3. 4. fr. 1. §. 1. 2. 3. D. de bon. damnat. (48. 20), c. 10. C. de bon. proscript. (9. 49). Den Wechsel der Gesetzgebung zeigen c. 2. 4. 6. 8. 9. 10. 23. 24. C. Th. de bon. proscript. (9. 42).

75) C. un. C. Th. ne sine iussu (9. 40).

76) Nov. 17. c. 12., nov. 134. c. 13.

77) Fr. 2. D. de bon. damnat. (48. 20), fr. 2. §. 1. D. de bon. eor. (48. 21), fr. 20. D. de accus. (48. 2).

78) Fr. 45. §. 1. D. de iure fisci (49. 14), fr. 9. D. qui testam. (28. 1).

79) Fr. 13. §. 2. D. qui testam. (28. 1), fr. 6. §. 8. D. de iniust. (28. 3).

80) Fr. 1. pr. D. si pendente appell. (49. 13), c. 3. C. eod. (7. 66).

81) Fr. 3. D. de bon. eor. (48. 21), fr. 6. §. 7. D. de iniusto

und wegen Majestätsverbrechen und Amtserpressungen konnte sogar noch nach dem Tode Anklage erhoben und die Confiscation erwirkt werden[82].

825. Die nicht capitalen Strafen giengen entweder an den Leib oder an die Freiheit oder blos an die bürgerliche Ehre. Zu den Ersteren gehörte zunächst die Talion, so lange sie vorkam[83]. Davon abgesehen waren selbst im neuen Recht verstümmelnde Strafen selten[84], und Justinian milderte sie noch etwas[85]. Ferner wurden mancherlei Arten von körperlichen Züchtigungen angewendet. Das Ausstäupen mit Ruthen war zwar unter der Republik gegen Bürger verboten[86]; nicht aber andere Schläge, und es gab darüber Gesetze[87]. Unter den Kaisern waren sie aber nur an geringen Leuten erlaubt[88]. Gegen Freie wurde dazu der Stock, gegen Knechte die schimpflichere Geissel gebraucht[89]. Ferner ist hier die nur für eine gewisse Zeit geschehene Verurtheilung zu Handlangerdiensten bei den Bergwerken oder öffentlichen Zwangsarbeiten zu nennen[90]. Nicht capitale Freiheitsstrafen waren die körperliche Haft und die Relegation. Erstere geschah entweder durch blosse Einkerkerung oder mit Anlegung von Fesseln[91]. Die Haft konnte auch auf Lebenszeit erkannt werden[92]; doch wurde

---

(28. 3). Ursprünglich war es anders, Dio Cass. LVIII. 15., Tacit. ann. VI. 29.

82) Fr. 11. D. ad l. Iul. maiest. (48. 4), fr. 20. D. de accus. (48. 2).

83) Man sehe §. 797.

84) C. 1. C. de serv. fugit. (6. 1), nov. 17. c. 8. nov. 42. c. 1.

85) Nov. 134. c. 13.

86) Man sehe §. 40. 104.

87) Festus v. pro scapulis. Diese Unterscheidung wurde von den neueren Schriftstellern nicht beachtet. Eine Ausnahme macht jetzt K. G. Zumpt Freiheit der römischen Bürger S. 36—39.

88) Fr. 28. §. 2. 5. D. h. t., fr. 1. 3. D. de veteran. (48. 19).

89) Fr. 6. §. 2. fr. 7. 10. pr. fr. 28. §. 2. 4. D. h. t.

90) Fr. 28. §. 1. D. h. t., fr. 5. §. 2. D. de extr. cognit. (50. 13).

91) Fr. 9. D. ex quib. caus. maior. (4. 6), fr. 1. §. 4. D. de aleat. (11. 5), fr. 216. 224. D. de verb. sign. (50. 16).

92) Valer. Max. VI. 3, 3. IX. 15, 5., Cicero in Catil. IV. 4. 5.

dieses später den Statthaltern gegen Freie untersagt[93]). Knechte konnten aber sowohl zeitlich als lebenslänglich in die Ketten verurtheilt und unter dieser Bedingung dem Herrn zurückgegeben werden[94]). Die Relegation bestand entweder in der Ausweisung aus einem bestimmten Orte oder in der Verweisung an einen bestimmten Ort[95]), beides entweder auf eine gewisse Zeit oder für immer[96]). Sie kommt schon unter der Republik vor[97]). Mit ihr war aber kein Verlust von bürgerlichen Rechten[98]), auch ohne ausdrückliche Erklärung keine Einziehung des Vermögens verbunden[99]), und auch eine solche war nur bei der lebenslänglichen Relegation zulässig[100]), bei dieser aber freilich wenigstens an einem Theil des Vermögens nicht selten[101]). Die Relegation war daher von dem eigentlichen Exil wesentlich verschieden[102]); doch bildete sich später ein weiterer Begriff des Exils, der auch die Relegation umfasste[103]). Die mildeste Form der Relegation war der Hausarrest[104]).

826. Unter den Ehrenstrafen war die stärkste, wenn

93) Fr. 8. §. 9. fr. 35. D. h. t., c. 6. C. h. t. (9. 47). Eine Ausnahme enthält fr. 28. §. 14. D. h. t.

94) Fr. 8. §. 13. fr. 33. D. h. t., c. 6. 10. C. h. t. (9. 47).

95) Fr. 7. pr. §. 1. 5—19. fr. 19. pr. D. de interdict. et relegat. (48. 22).

96) Fr. 7. §. 2. fr. 14. pr. D. de interd. (48. 22).

97) Livius XL. 41.

98) Fr. 4. 7. §. 3. fr. 14. §. 1. fr. 17. 18. pr. D. de interd. (48. 22).

99) Fr. 1. 4. 14. §. 1. D. de interd. (48. 22), c. 8. C. de poen. (9. 47), c. 6. C. si reus (9. 6).

100) Fr. 7. §. 4. D. de interd. (48. 22).

101) Paul. sent. rec. II. 26. §. 14. V. 25. §. 8. V. 26. §. 3.

102) Fr. 2. D. de publ. iudic. (48. 1), Ovid. trist. II. v. 137. V. 11. v. 15—21.

103) Fr. 4. 5. D. de interd. (48. 22), fr. 4. pr. D. si quis caution. (2. 13), Paul. sent. rec. V. 17. §. 3. Umgekehrt wird zuweilen relegatio statt des eigentlichen exilium gebraucht, fr. 12. §. 4. D. de accus. (48. 2).

104) Fr. 9. D. de interd. (48. 22).

Einer gesetzlich als ruch- und mundlos erklärt war[105]); dadurch wurde er fast zu allem bürgerlichen Verkehr unfähig[106]). Etwas geringer war die Strafe der Infamie[107]); doch gieng auch diese an ein Stück des caput[108]), und schloss von den Tribus[109]) und den Comitien, von der Magistratur[110]) und anderen höheren bürgerlichen Verrichtungen aus[111]). Daher war die Infamie nur auf Männer nicht auf Personen weiblichen Geschlechts anwendbar. Dieses änderte sich, als die lex Julia bei gewissen Frauenspersonen ihrer schimpflichen Handlungen wegen die Fähigkeit zur Ehe beschränkte, und die Jurisprudenz diese Kategorie von Personen unter dem Begriff von infamirten Weibspersonen zusammenfasste[112]). Nun wurden auch Weiber in gewissen Fällen mit der Infamie bedroht und demgemäss das Edict mit diesen neuen Bestimmungen ergänzt[113]). Im Justinianischen Recht haben zwar jene Beschränkungen wieder sämmtlich aufgehört[114]); allein die Möglichkeit der Infamie an Weibern ist, freilich als ein blosser Name ohne positive juristische Wirkungen, geblie-

105) Improbus intestabilisque, Gellius VI. 7. XV. 13., §. 6. J. de testam. (2. 10). Im Sacralrecht war die Erklärung als improbus häufig mit der als sacer verbunden, Dionys. V. 70., Festus v. sacer. Eine abgeschwächte Auslegung giebt davon Livius X. 9.

106) Fr. 18. §. 1. fr. 26. D. qui testam. (28. 1), Theophil. II. 10, 6.

107) Ausführlich handelt davon Savigny System II. §. 76 — 83. und Beilage VII.

108) Cicero pro Rosc. Com. 6. Daher hiess auch eine blosse causa existimationis eine causa capitis, pro Quint. 8. 9., fr. 103. D. de verb. sign. (50. 16).

109) Livius VII. 2.

110) Cicero pro Cluent. 42. 43., Lex Iulia municipalis lin. 34—49 (Haubold monum. p. 122—126), fr. 1. D. de his qui not. (3. 2), fr. 40. D. de iniur. (47. 10).

111) Fr. 1. §. 8. fr. 9. D. de postul. (3. 1), fr. 2. D. de off. assess. (1. 22), fr. 4. §. 1. D. de legation. (50. 7).

112) Man sehe §. 521. Note 43—47.

113) Dieses zeigt die Vergleichung von fr. 1. D. de his qui not. (3. 2) mit den Fragm. Vatic. §. 320. Man sehe darüber auch §. 532.

114) Man sehe §. 521. Note 44. 48.

ben[115]), und daher wurden auch in die Justinianischen Sammlungen mehrere darauf bezüglichen Stellen aufgenommen[116]). Uebrigens trat die Strafe der Infamie ausser den schon gelegentlich genannten Fällen ein als Folge der Verurtheilung in jedem publicum iudicium[117]); desgleichen wegen gewisser Privatdelicte und zwar sowohl wenn sie mit einer Privatklage[118]) als wenn sie als ausserordentliches Verbrechen verfolgt worden waren[119]); endlich selbst in einigen Civilklagen[120]). An diesen Bestimmungen konnte der Richter nichts ändern[121]). Wenn aber ungesetzlich eine zu hohe Strafe auferlegt worden war, so wurde zum Ersatz die Infamie erlassen[122]). Noch andere Ehrenstrafen waren die Ausstossung aus dem Senat oder der Curie, temporär oder für immer[123]), die Ausschliessung von Ehren-

---

115) Dieses zeigt die nov. 22. c. 22.

116) Man sehe §. 532. Note 155. 160. In der in die Pandekten aufgenommenen Hauptstelle des Edicts wurden freilich die neuen auf die Infamie der Weiber bezüglichen Bestimmungen wieder ausgestrichen (Note 113). Dieses erklärt sich aber wohl daher, dass in jenem Pandektentitel die Infamie lediglich wegen der Beziehung zum Postuliren abgehandelt wird, wovon bei Weibern nicht die Rede sein konnte. Savigny II. S. 221. 537. 538. 547. 548. 555. will es daraus erklären, dass im Justinianischen Recht die Infamie bei Weibern wieder unanwendbar geworden sei. Allein dieses wird erstlich durch die nov. 22. c. 22. widerlegt, wie schon eben (§. 532. Note 160) bemerkt wurde. Zweitens ist dawider, dass die juristische Bedeutung der Infamie der Weiber völlig doch erst durch die nov. 117. c. 6. aufgehoben worden ist (§. 521. Note 48), also zur Zeit, wo die Pandekten compilirt wurden, noch bestand.

117) Fr. 7. D. de publ. iudic. (48. 1).

118) Fr. 1. 4. §. 5. fr. 6. 7. pr. §. 1—4. D. de his qui not. (2. 4).

119) Fr. 7. D. de publ. iudic. (48. 1), fr. 13. §. 8. D. de his qui not. (3. 2). fr. 1. D. de sepulcr. viol. (47. 12), c. 12. C. ex quib. caus. infam. (2. 12).

120) Man sehe §. 754. Note 63. 64. §. 778. Note 24.

121) Fr. 63. D. de furt. (47. 2), fr. 40. D. de iniur. (47. 10).

122) Fr. 13. §. 7. D. de his qui not. (3. 2), fr. 10. §. 2. D. de poen. (48. 19).

123) Fr. 5. §. 2. D. de extr. cogn. (50. 13), fr. 2. 3. D. de senat. (1. 9), fr. 7. §. 20. D. de interd. (48. 22), fr. 2. §. 1. 2. 5. fr. 3. §. 1.

ämtern, von allen oder nur von gewissen[124]), die Interdiction eines Standes oder Gewerbes, auf eine gewisse Zeit oder für immer[125]). Die Entziehung des Begräbnisses als Strafe traf nach dem Pontificalrecht diejenigen, welche sich mit dem Strang das Leben genommen hatten[126]). Dieses wurde zu Zeiten noch auf andere Arten des Selbstmordes ausgedehnt[127]). Auch wurden diejenigen, die sich aus bösem Gewissen umgebracht, nicht betrauert[128]). Dass man sich aber zum Selbstmord, um jener Strafe zu entgehen, vom Kaiser oder dem Senate die Erlaubniss erbitten musste, ist griechisch, nicht römisch[129]).

827. Eigenthümliche militärische Strafen waren der Knüppeltod durch die Cameraden[130]), die Decimirung[131]), der Verkauf in die Knechtschaft[132]), die schimpfliche Entlassung[133]), die Absetzung vom Grade, die Versetzung unter eine geringere Truppengattung[134]), die Auferlegung gemeiner Verrichtungen[135]), Schmälerung des Soldes[136]),

---

fr. 5. D. de decur. (50. 2), fr. 15. pr. D. ad municip. (50. 1), c. 1. C. de his qui in exil. (10. 59).

124) Fr. 5. §. 2. D. de extr. cogn. (50. 13), fr. 7. §. 21. 22. D. de interd. (48. 22).

125) Fr. 8. pr. fr. 9. pr. §. 1 — 10. D. de poen. (48. 19), fr. 1. §. 13. D. de off. praef. urb. (1. 12), fr. 3. §. 1. D. de decur. (50. 2), fr. 8. D. de postul. (3. 1), c. 1. C. de his qui in exil. (10. 59).

126) Servius ad Aen. XII. 603., Orelli Inscr. T. II. n. 4404.

127) Plinius hist. nat. XXXVI. 24, 3.

128) Fr. 11. §. 3. D. de his qui not. (3. 2).

129) Val. Max. II. 6, 7., Dio Cass. LXIX. 8. ibiq. not., Quintil. Decl. 4. 337., Calp. Flacc. 20. 51. Man sehe Rein Röm. Criminalrecht S. 884. 886.

130) Polyb. VI. 37 (35), Dionys. IX. 50.

131) Polyb. VI. 38 (36), Frontin. strateg. IV. 1, 34. 35. 36.

132) Livius XL. 41., Livii epit. 55.

133) Hirt. de bell. Afric. 54., Sueton. Octav. 24., fr. 1. 2. pr. §. 1. —4. D. de his qui not. (3. 2), c. 3. C. de re milit. (12. 36).

134) Fr. 3. §. 1. D. de re milit. (49. 16). Valer. Max. II. 7, 4. 9. 15.

135) Fr. 3. §. 1. D. de re milit. (49. 16), Frontin. strateg. IV. 1, 43.

136) Livius XL. 41., Festus v. dirutum.

Geldbussen mit Pfändung[137]), Ruthen- und Stockschläge[138]), Aderlassen[139]), körperliche Unbequemlichkeiten[140]), Versetzung auf schlechtere Kost[141]), Campiren ausserhalb des Lagers[142]), Marschieren beim Gepäck[143]). Schimpfliche Todesstrafen und Peinigung an Soldaten waren verboten[144]). Auch zog die Verurtheilung zum Tode wegen eines militärischen Vergehens die Confiscation des im Kriegsdienste gemachten Erwerbes nicht nach sich[145]).

Fünftes Kapitel.

Von den Gerichten[1]).

828. In der ältesten Zeit war in der mit der königlichen Würde verliehenen Machtvollkommenheit auch das Recht enthalten an Leib, Leben und Vermögen zu strafen.

137) Fr. 3. §. 1. D. de re milit. (49. 16), Festus v. censio, deprehensa.

138) Valer. Max. II. 7, 4., Livii epit. 57.

139) Gellius X. 8., Frontin. strateg. IV. 1, 16.

140) Valer. Max. II. 7, 9., Livius XXIV. 16., Sueton. Octav. 24.

141) Polyb. VI. 38 (36), Frontin. strateg. IV. 1, 25.

142) Polyb. VI. 38 (36), Valer. Max. II. 7, 15.

143) Amm. Marc. XXV. 1.

144) Fr. 3. §. 1. 10. D. de re milit. (49. 16), c. 8. C. de quaestion. (9. 41), Acta S. Tarrach. 1.

145) Fr. 6. §. 6. D. de iniust. (28. 3), fr. 11. pr. D. de test. mil. (29. 1), fr. 1. 2. D. de veter. succ. (38. 12), c. 13. C. de test. mil. (6. 21).

1) Geib Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinians. Leipzig 1842., Laboulaye Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats. Paris 1845. Dieses zweite Werk behandelt zwar dem Titel nach nur einen besonderen Gegenstand. Allein es enthält in der That eine aus den deutschen Schriftstellern, besonders aus Geib, compilirte Darstellung des ganzen römischen Criminalprocesses, worin das, was der Hauptgegenstand sein soll, nur einen geringen Theil ausmacht.

Die Ausübung desselben richtete sich nach dem Herkommen und war durch Gesetze wenig begränzt. Ueber schwere Verbrechen sass der König selbst mit einem Consilium zu Gericht; leichtere überwies er einzelnen Senatoren[2]). Von seinem Ausspruch fand keine Provocation statt[3]). Er konnte aber auch für schwere Verbrechen, wodurch der Thäter den Frieden verwirkte und wie ein Feind dem Tode verfiel, zwei auf seinen Antrag von den Comitien der Curien zu wählende duoviri perduellionis zu Richtern bestellen, von denen jedoch an die Comitien provocirt werden konnte[4]). Zur Ausspürung und Verfolgung der Verbrechen dienten die zwei quaestores parricidii[5]).

829. Bei der Abschaffung des Königthums gieng zwar die Criminalgewalt in ihrer ganzen Fülle auf die Consuln über: doch wurde diese im Geiste der neuen Freiheit bald wesentlich beschränkt. Die Capitalsachen der römischen Bürger wurden durch die lex Valeria (245) an die Comitien der Curien[6]), dann durch die Gesetze der zwölf Tafeln an die Centuriatcomitien gewiesen, und dieses blieb durch eine lex Sempronia erneuert bis in die letzten Zeiten des Freistaates[7]). Ferner hatten sich die Tribunen das Recht erkämpft, in den Comitien der Tribus Anklagen und Anträge auf Geldbussen zu stellen[8]). So kam die regelmässige Strafgewalt an das Volk. Dieses befasste sich aber nicht immer selbst mit diesen Verhandlungen, sondern es erwählte häufig zur Untersuchung und Entscheidung einen oder mehrere Inquisitoren[9]), oder es übertrug Beides dem

2) Livius I. 49., Dionys. II. 14. 29. IV. 25.

3) Man sehe Woeniger das Provocationsverfahren der Römer. Leipzig 1843.

4) Man sehe §. 21. Note 31. Auf diese Provocation bezieht sich die Aeusserung bei Cicero de re publ. II. 31.

5) Man sehe §. 21. Note 29.

6) Man sehe §. 40. Note 5.

7) Man sehe §. 50. Note 13. §. 104. Note 53. §. 120. Note 39.

8) Man sehe §. 43. 51. 120.

9) Livius IV. 51.

Senate [10]). Neben diesen neuen Einrichtungen erhielt sich übrigens das Perduellionsjudicium in seinen alterthümlichen Formen, anfangs noch bei den Comitien der Curien, dann nach deren Verfall bei denen der Centurien [11]), und noch am Ende des Freistaates kommt ein Beispiel davon mit gewählten duoviri vor [12]).

830. Neben dem Volke hatte aber auch der Senat mit den Verbrechen zu thun, besonders in so fern dieses in die höhere Verwaltung einschlug. Er bestimmte daher die Behandlung und Bestrafung abgefallener Colonien und unterthäniger Städte [13]), statuirte, wo es ihm für den Landfrieden und die öffentliche Disciplin nöthig schien, über schwerere in Italien vorgefallene Verbrechen [14]), verfolgte auch in Rom und gegen römische Bürger die Vergehen, die durch die Anzahl, Neuheit oder Verzweigung das gemeine Wesen erschreckten [15]), und empfieng die Anklagen der Bundesgenossen und Provinzialen über die Bedrückungen der Magistrate [16]). In diesen Fällen, wo der Senat aus eigenem Recht, oder wenn er wie oben bemerkt im Auftrage des Volkes zu untersuchen und zu strafen hatte, verhandelte er darüber zuweilen selbst [17]); gewöhnlich aber bestellte er dazu Inquisitoren, meistens die Consuln oder einen Prätor [18]). Immer aber musste eine solche quästio, wenn sie auf Capitalsachen römischer Bürger gieng, vom

10) Livius XXVI. 33. 34. XXXVIII. 54. XLII. 21.

11) Man sehe §. 52. 125.

12) Dio Cass. XXXVII. 27., Cicero pro Rabir. 4. 5., Sueton. Caesar 12.

13) Dionys. V. 60., Livius IV. 30. VI. 12. 13. 17. 26. IX. 25. 26. X. 1.

14) Polyb. VI. 13 (11), Livius XXXI. 12. XXXII. 1. 26. XXXIII. 36. XXXIX. 38. 41. XL. 37. 43., Cicero Brut. 22.

15) Dionys. V. 55. 57., Livius VIII. 18. IX. 26. XXXIV. 44. XXXIX. 14. XL. 19. 37. 44., Cicero ad Att. II. 24.

16) Livius XXXIX. 3. XLIII. 2., Livii epit. 54.

17) Valer. Max. IV. 1,7., Plutarch. Marcell. 23.

18) Livius IV. 30. IX. 26. X. 1. XXXVIII. 54.55. XXXIX. 3. 14. 41. XL. 19. 37. 44. XLII. 21. XLIII. 2. XLV. 16., Cicero Brut. 22.

Volke authorisirt sein [19]). Wenn jedoch das Vaterland in Gefahr und das Verbrechen eingestanden oder augenscheinlich war, so decretirte der Senat ohne Weiteres die Verfolgung und Hinrichtung [20]).

831. Uebrigens war auch noch den Magistraten eine gewisse Strafgewalt gelassen. Das Recht zu brüchten war zwar durch die lex Valeria (245) und die lex Aternia (300) auf ein gewisses Mass beschränkt [21]); auch war gegen Machtbefehle, welche auf Hinrichtung, Ausstäupung oder übermässige Vermögensbussen lauteten, durch wiederholte Gesetze die Provocation an das Volk gesichert [22]). Allein das Recht mässige körperliche Züchtigungen zu verfügen, ins Gefängniss zu schicken und innerhalb des gesetzlichen Masses zu brüchten stand den Consuln, Prätoren und allen Magistraten, die das imperium hatten, noch zu [23]), und dieses wurde auch zur Bestrafung der kleineren Vergehen benutzt [24]). Ueber Nichtbürger hatten die Consuln sogar noch ein unbeschränktes imperium; und selbst gegen Bürger griffen sie bei augenscheinlicher Schuld [25]), oder in ausserordentlichen Umständen, freilich nicht ohne die Gefahr der Verantwortung [26]), mit den stärksten Machtbefehlen durch.

832. Daneben gab es mehrere besondere Strafanstalten. Zuerst gehört dahin das geistliche Strafrecht des pontifex maximus [27]). Dieses handhabte später in dieser Eigen-

19) Polyb. VI. 16 (14), Livius XXVI. 33. 34.

20) Cicero in Catil. I. 2., Sallust. Catil. 29. 50. 52. 55., Appian. de bell. civ. II. 6.

21) Man sehe §. 80.

22) Man sehe §. 40. Note 8. §. 43. Note 32. §. 50. Note 14. §. 51. Note 23. §. 104. Note 51. 52.

23) Fr. 2. D. de in ius voc. (2. 4), fr. 2. §. 16. D. de or. iur. (1. 2), Cicero de leg. III. 3.

24) Frontin. de aquaed. 129., fr. 1. §. 4. D. de aleat. (11. 5), fr. 35. D. de iniur. (47. 10). Dieser Punkt wird selbst von den neuesten Schriftstellern nicht beachtet.

25) Livius II. 4., Cicero in Catil. II. 12., Sallust. Catil. 52.

26) Appian. de bell. civ. II. 6. 15.

27) Man sehe §. 150. 156.

schaft der Princeps [28]), und als die christlichen Kaiser diese Würde nicht mehr führten, das Collegium der pontifices, welches aber um die Vollstreckung der Todesstrafe den Stadtpräfect oder auswärts den Statthalter angieng [29]). Ueber die Soldaten stand dem Feldherrn im Dienste eine unumschränkte Gewalt zu [30]); das Kriegsgericht wurde von einem der Kriegstribunen mit Berücksichtigung der genau geführten Conduitenlisten gehalten [31]). Ueber die Knechte und gemeinen Leute handhabten die IIIviri capitales eine sehr kräftige Zuchtgewalt [32]). Endlich ist als eine wichtige Ergänzung des öffentlichen Strafrechts an die alten Haus- und Familiengerichte zu erinnern [33]).

833. Wie die Strafrechtspflege ausserhalb Rom beschaffen war, lässt sich nicht genau ermitteln. Gewiss ist, dass die Stadtmagistrate in den Municipien und Colonien auch eine peinliche Gerichtsbarkeit hatten [34]). Doch mussten wohl Capitalsachen vor die Behörde zu Rom kommen [35]). In den Provinzen waren die Statthalter vom Volke mit der vollen Criminalgewalt bekleidet [36]); doch stand auch den Städten unter nicht näher bekannten Umständen eine Strafgewalt zu [37]).

28) Plinius epist IV. 11.

29) Symmach. epist. IX. 128. 129.

30) Livius IV. 51. XL. 41., Cicero de leg. III. 3.

31) Polyb. VI. 37 (35), Appian. de bell. civ. III. 43.

32) Man sehe §. 141. 211. Eine weit höhere Bedeutung legt ihnen Niebuhr III. 480. bei; allein Festus v. sacramentum, worauf er sich beruft, beweist fürs Strafrecht nichts.

33) Man sehe §. 474. 525. 537. Davon handelt: R. de Fresquet Du tribunal de famille chez les Romains (Laboulaye Revue historique de droit français. 1855. p. 125—145).

34) Appian. de bell. civ. IV. 28., Vell. Pat. II. 19., Lex Iulia municip. lin. 119 (Haubold monum. p. 125).

35) Dieses zeigt das Beispiel des alten Oppianicus und des Cluentius, Beide Bürger aus Larinum, die aber wegen Vergiftung doch in Rom angeklagt wurden.

36) Man vergleiche §. 243. Auch sehe man fr. 7. §. 2. fr. 8. D. de off. procons. (1.16), fr. 4. 6. §. 8. fr. 10. D. de off. praesid. (1. 18).

37) Dieses zeigt Cicero in Verr. IV. 45.

Sechstes Kapitel.

Von den stehenden Quästionen.

834. Der Gebrauch, dass das Volk häufig zur Aburtheilung eines vorgefallenen Verbrechens eine Commission niedersetzte, führte bei der Zunahme der Verbrechen von selbst auf den Gedanken, für die wichtigsten oder am häufigsten vorkommenden Arten derselben Jahr um Jahr permanente Commissionen einzusetzen. Eine solche auf die Dauer eines Jahres stehend gemachte Commission hiess davon eine quaestio perpetua. Die Erste entstand durch die lex Calpurnia des Tribunen L. Piso Frugi (605) wider die Erpressungen der Magistrate [1]), und dieses wurde dann nach und nach auch für andere Vergehen nachgeahmt [2]). Insbesondere richtete Sylla während seiner Dictatur seit 673 theils die vorhandenen theils neue stehende Quästionen ein, für Giftmischerei, Falsum, Mord und Andere [3]). In den letzten Zeiten der Republik werden die Quästionen wegen Giftmischerei, Mord, Amtserpressungen und Peculat [4]), ferner wegen Majestätsverbrechen, Gewaltthätigkeiten und Sodalitien namentlich erwähnt [5]). Doch konnte noch eine

1) Cicero Brut. 27.

2) Das Einzelne lässt sich nicht nachweisen. Im Jahr 612 wird eine quaestio inter sicarios, im Jahr 662 eine Accusation wegen ambitus erwähnt, Cicero de finib. II. 16., Brut. 30.; allein es ist doch nicht sicher, ob dieses eine quaestio perpetua war. Eben so unsicher ist die gewöhnliche Annahme, dass mit einer lex über ein Vergehen immer auch eine quaestio perpetua dafür eingesetzt worden sei.

3) Cicero pro Cluent. 20. 54., fr. 2. §. 32. D. de or. iur. (1.2). In der letzten Stelle wird dem Sylla auch die Einsetzung der quaestio de parricidio zugeschrieben. Dieses ist jedoch bedenklich, weil damals die Anklage des Roscius wegen Vatermordes vor der quaestio inter sicarios verhandelt wurde, Cicero pro Rosc. Amer. 4. 5.

4) Cicero pro Cluent. 53 (52), pro Murena 20., in Verr. I. 13.

5) Ascon. in argum. Cornel. p. 60. 62., in Milon. 35 (95). p. 54 Orell.

Sache an die Comitien gebracht, oder wenn für den Fall keine stehende quaestio existirte[6]), ja unter Umständen neben einer solchen[7]), vom Volke und Senate eine quaestio niedergesetzt werden, und dieses wurde extra ordinem quaerere genannt[8]).

6) Cicero de finib. II. 16., Ascon. in Milon. 12. 33 (32. 88). p. 46. 53 Orell.

7) So wegen des Todschlags des Clodius durch Milo. Es existirten damals, wie Cicero sagt, quaestiones de caede und de vi; dennoch habe der Senat beabsichtigt, ut nova quaestio constitueretur, ut extra ordinem quaereretur, pro Milone 5. 6. Auf Betreiben des Pompejus wurden wirklich zwei leges durchgesetzt, die eine de vi die andere de ambitu, dessen Milo ebenfalls angeklagt werden sollte, und darin unter Anderen für die Anklage de vi eine eigene quaestio unter einem vom Volke aus den Consularen zu wählenden quaesitor verordnet, Cicero pro Milone 6 (14), Ascon. in argum. Milon. p. 39 Orell. Hiezu wirft nun Cicero die Frage auf: quid attinebat nova lege quaeri, cum esset legibus quaestio constituta ?, Phil. II. 9. Auch wird dieses Verfahren ausdrücklich ein extra ordinem quaerere genannt, Schol. Bob. et Gronov. in Milon. p. 276. 443 Orell. Dieses beweist unumstösslich, dass neben einer stehenden quaestio für einen darunter gehörenden Fall eine ausserordentliche quaestio vorkommen konnte. Anderer Meinung ist dennoch Geib Röm. Criminalproc. S. 219—224. Er glaubt durch de lex Pompeia sei eine neue stehende quaestio de vi anstatt der alten eingesetzt worden. Allein warum wurde denn dieses ein extra ordinem quaerere genannt? Warum wurde Milo, nachdem er zuerst lege Pompeia angeklagt worden, später nochmals lege Plautia accusirt, Ascon. in Milon. p. 54. 55 ? Eigenthümlich war allerdings, dass Pompejus in jenen Gesetzen allgemeine Bestimmungen über die Bestrafung und die Procedur beschliessen liess, die auch gleich zur Anwendung kommen sollten, Ascon. in argum. Milon. p. 37 Orell. Diese Bestimmungen waren allerdings etwas Bleibendes; allein die niedergesetzte quaestio war nur vorübergehend und extra ordinem.

8) Der Ausdruck findet sich bei Ascon. in Milon. 33 (88) p. 53 Orell., Cicero pro Milone 6 (14), Schol. Bob. et Gronov. in Milon. p. 276. 282. 443 Orell. Die letzte Stelle setzt zum extra ordinem quaerere erläuternd hinzu: hoc est eo tempore quo iudicia silebant. Daraus folgert Rudorff I. §. 30. Note 43. §. 102. Note 3., die quaestio extra ordinem sei eine gewöhnliche stehende quaestio, und nur die Zeit der Verhandlung ausser der ordentlichen Reihefolge gewesen. Allein dass jenes nur eine von den mehreren Bedeutungen jenes Ausdrucks war, zeigt evident die quaestio de vi Milonis, welche doch unbestreitbar nur eine vorübergehende war.

835. Die Zusammensetzung und das Verfahren bei der quästio war gewöhnlich durch die sie betreffenden Gesetze genau bestimmt. Manche dieser Gesetze hatten jedoch eine allgemeinere Bedeutung [9]). Der quäsitor oder Vorsteher einer quästio war, wie auch früher häufig bei den vorübergehenden Quästionen [10]), einer der Prätoren [11]); daher wurde auch mit den stehenden Quästionen die Zahl der Prätoren vermehrt [12]). Da diese aber doch nicht zureichte, so wurden ausserdem besondere iudices quaestionum gewählt [13]). Nach der Wahl vertheilten die Prätoren und diese iudices die Quästionen unter sich durchs Loos [14]). Es konn-

9) So die lex Servilia repetundarum, was jedoch nicht ganz gewiss ist (§. 254. Note 91. 92); die beiden Gesetze des Pompejus (702) de vi und de ambitu (Note 7), Dio Cass. XL. 52., Ascon. in argum. Milon. p. 37 Orell.

10) Livius XXXIX. 38. XL. 37. XLV. 16.

11) Cicero de finib. II. 16., Lex Cornel. de sicar. c. 1. (in Collat. leg. Mos. I. 3).

12) Man sehe §. 136.

13) Dass der Quäsitor nicht immer ein Prätor, sondern nach Umständen ein iudex quaestionis war, ergiebt sich aus den Worten der lex Cornelia, Cicero pro Cluent. 54., Collat. leg. Mos. I. 3., fr. 1. pr. §. 1. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8). Dasselbe zeigt das Beispiel des M. Fannius, pro Rosc. Amer. 4., und des C. Junius, pro Cluent. 20. 27. 29. 33. Die gewöhnliche Annahme eines iudex quaestionis, der dem Prätor als Gehülfe zur Seite gestanden, ist daher ganz ohne Grund. Denn der Q. Naso, den man für den Prätor hält, und der iudex quaestionis Q. Voconius bei Cicero pro Cluent. 53. 54. sind augenscheinlich dieselbe Person; und der iudex quaestionis Q. Curtius bei Cicero in Verr. II. 1, 61. bezieht sich gar nicht auf die Anklage gegen den Verres, sondern auf einen unbekannten Fall. Die richtige Ansicht verdankt man Madvig de Asconio p. 121—133. Ihm folgt durchaus Geib S. 186—194. Für die ältere Meinung ist jedoch wieder Osenbrüggen in Zimmermanns Zeitschr. für Alterthumswiss. 1836. Nr. 125. und in seiner Erläuterung der Rede für den S. Roscius (1844) S. 31. Er beruft sich besonders auf Schol. Bob. in Vatin. p. 323 Orell. Allein diese Stelle ist voll inneren Widerspruchs. Man sehe Geib S. 307. Eine Erwähnung des iudex quaestionis unter der Bezeichnung quaesiter iudic. ist bei Orelli T. II. n. 3109., Orelli-Henzen p. 270.

14) Collat. leg. Mos. I. 3., Cicero in Verr. I. 8. 10., pro Muren. 20.

ten aber zwei Quästionen in einer Person vereinigt[15]), oder Verbrechen, die in derselben lex behandelt waren, doch an verschiedene Quäsitoren vertheilt[16]), oder auch für dieselbe Art von Verbrechen mehrere Quäsitoren bestellt sein[17]). Jeder quästio war ferner eine gewisse Zahl von Geschworenen zugetheilt, welche anfangs wie bei den vorübergehenden Quästionen[18]), blos aus den Senatoren, später aus den dazu berechtigten Ständen genommen wurden[19]). Ueber die Art wie dieses geschah ist folgendes bekannt. Für die quaestio repetundarum gab es vierhundert und fünfzig solcher Geschworenen, die der Prätor, welcher die Jurisdiction für die Peregrinen hatte, jährlich auswählte und auf einer geweissten Tafel mit schwarzer Schrift bekannt machte[20]). Unter Sylla, wo die Geschworenen wieder blos aus den Senatoren waren, war ein solches besonderes Album überflüssig[21]). Nach Sylla geschah aber die Auswahl der Gesammtzahl der Geschworenen aus den drei nun berechtigten Ständen jährlich durch den städtischen Prätor[22]), und aus dieser Gesammtzahl hatten die Quästoren des Aerariums durchs Loos die Geschworenen für die einzelnen Quästionen auszuwählen[23]). Ueber die Grösse jener Gesammtzahl ist nichts Gewisses zu ermitteln[24]).

15) So die quaestio de ambitu und de vi in der Hand des Prätors Cn. Domitius (698), Cicero ad Quint. fr. II. 3. 13., pro Caelio 13.

16) So im Jahr 688 die quaestio de veneficiis und inter sicarios, Cicero pro Cluent. 53.

17) So im Jahr 688 zwei Prätoren für die quaestio inter sicarios, Cicero pro Cluent. 53., wahrscheinlich der Eine für die Stadt, Cellat. leg. Mes. I. 3.; desgleichen im Jahr 702 für die quaestio de vi, Ascon. in Milon. 35 (95). p. 54. 55 Orell.

18) Polyb. VI. 17 (15), Livius XLIII. 2.

19) Man sehe §. 254.

20) Fragm. l. Servil. c. 6. 7.

21) Eine andere Ansicht hat freilich Geib S. 209.

22) Cicero pro Cluent. 43.

23) Dio Cass. XXXIX. 7. Dieses Verhältniss hat Geib S. 212. nicht erkannt. Der hier aufgestellten Ansicht folgt aber Rudorff II. §. 103. Note 7.

24) Ferrat. epist. I. 5.

Die Gewählten hiessen iudices selecti schlechthin[25]) und wurden nach alter Weise in einem Album verzeichnet[26]).

836. Die Auswahl der Geschworenen für ein einzelnes judicium geschah in folgender Art. Nach der lex Servilia repetundarum edirte der Anhänger aus den vierhundert und fünfzig zu dieser quästio gehörenden Geschworenen Hundert; eben so viele der Verklagte; und aus jenen Hundert wählte Dieser, und aus diesen Hundert Jener fünfzig[27]). Nach den Gesetzen des Sylla, wo die Richter blos aus den Senatoren waren, wurde zu einem iudicium eine Decurie des Senats vom Prätor durchs Loos gewählt[28]); aus dieser konnten nach der lex Cornelia von den Partheien drei[29]), wenn sie Senatoren waren, aber mehr rejicirt werden[30]), und dann musste zur Ergänzung eine Subsortition aus einer anderen Decurie geschehen[31]). Später wurde zu einem einzelnen judicium, vom Prätor oder iudex quaestionis aus der betreffenden quästio zugetheilten Geschworenen durchs Loos die nöthige Anzahl ausgewählt[32]). Beide Theile konnten aber die ihnen Missfälligen rejiciren, und dann fand eine subsortitio, das heisst eine Ergänzung durch neues Ausloosen, statt[33]). Nach der lex Vatinia (694) durfte

25) Cicero pro Cluent. 43., Seneca de benef. III. 7.

26) Album iudicum, Sueten. Claud. 16., Seneca de benef. III. 7., Plinius hist. nat. praef.

27) Fragm. l. Servil. c. 8. 12.

28) Schol. Grenov. in Verr. I. 6 (16). p. 392 Orell., Cicero pro Cluent. 37., in Verr. I. 10. Man vergleiche dazu §. 129. Note 16. Anders dachte sich freilich die Sache der falsche Asconius zur Verr. I. 6 (17). p. 131 Orell. Völlig abweichend ist auch Geib S. 209. 213. 214. 215.

29) Cicero in Verr. II. 31.

30) Cicero in Verr. I. 3. 6. II. 1. 2.

31) Cicero pro Cluent. 32. 37., in Verr. II. 1, 61.

32) (Ascon.) in Verr. I. 6 (17). p. 132 Orell. Die Zahl ist verschieden: fünfzig, ad Att. IV. 15.; sechs und fünfzig, ad Att. I. 16.; siebenzig de malestate, ad Att. IV. 16., und de repetundis, Ascon. in Scaur. c. 2. §. 46. p. 30 Orell.; fünf und siebenzig, in Pison. 40.

33) (Ascon.) in Verr. I. 6 (17). p. 132 Orell., Cicero ad Att. I. 16., pro Planc. 17.

der Verklagte, wenn der Ankläger die ihm Missfälligen rejicirt hatte, sogar das ganze übrige consilium rejiciren, und umgekehrt, so dass ein gans neues consilium ausgeloost werden musste[34]). Eigenthümlich war aber das Verfahren der lex Licinia über Sodalitien (699), indem hier der Ankläger, nachdem er vier Tribus bezeichnet und der Verklagte eine davon rejicirt hatte, aus den drei Anderen die Geschworenen allein edirte[35]). Endlich nach den beiden Gesetzen des Pompejus (702) wurden aus dreihundert und sechzig Geschworenen, die er damals auch als alleiniger Consul in Ermanglung anderer Magistrate selbst aus den berechtigten drei Ständen wählen musste[36]), ein und achtzig durchs Loos gezogen, von beiden Theilen aber unmittelbar vor der Abstimmung fünf aus jedem Stande rejicirt, so dass ein und fünfzig übrig blieben[37]). Die ausgewählten Richter schwörten des Rechts bei der Sache aufs

34) Cicero in Vatin. 11. ibiq. Schol. Bob. p. 321 Orell., pro Planc. 15. Die Sache ist freilich dunkel. Eine ganz andere Auslegung versucht Göttling Röm. Staatsverf. §. 156. Hingegen Rudorff II. §. 103. Note 16. folgt der hier aufgestellten Ansicht. Irrig ist nur seine Angabe, nach der lex Vatinia habe mit dem ganzen consilium selbst der iudex quaestionis rejicirt werden können. Dieses ist von Geib S. 307. längst widerlegt.

35) Iudices edititii, Cicero pro Planc. 15. 16. 17., pro Murena 23, Schol. Bob. in argum. Planc. et in c. 15. §. 36. p. 254. 261 Orell. Anderer Meinung sind Göttling §. 158., Mommsen de colleg. p. 61—70., Rudorff II. §. 103. Note 18. Sie stimmen darin überein, dass sie die Tribus hier nicht auf die Eintheilung der Bürger, sondern auf die der Geschworenen beziehen, deren Namen im Album nach den Tribus geordnet waren. Uebrigens aber weichen sie darin von einander ab, dass der Erste meint, die weitere Auswahl der Geschworenen aus denen jener drei Tribus sei vom Prätor geschehen; der Zweite, die Geschworenen dieser drei Tribus hätten sämmtlich geurtheilt; der Dritte, der Ankläger habe aus denselben die Geschworenen edirt. Die Sache ist überhaupt schwierig und dunkel. Man sehe auch Geib S. 313—316.

36) Vell. Pat. II. 76., Cicero pro Milon. 8. 38., Dio Cass. XL. 52.

37) Ascon. in argum. Milon. et in c. 35 (95). p. 39. 53 Orell., Fragm. leg. iudiciar. (Haubold monum. p. 143), Dio Cass. XL. 55., Plutarch. Pompei. 55. Cato min. 48.

Beste zu warten; der Prätor aber nicht, weil er schon durch den Amtseid gebunden war[38]; wohl aber der iudex quästionis[39]). Hierauf wurden sie in einer Liste verzeichnet und zum ewigen Gedächtniss bei der Kanzlei des städtischen Prätors niedergelegt[40]).

Siebentes Kapitel.

Die Strafgerichte der Kaiserzeit.

837. Unter den Kaisern wurde den Comitien die Strafgerichtsbarkeit schon von Octavian entzogen[1]). Die Einrichtung der stehenden Quästionen mit ihren Prätoren und Geschworenen behielt er aber bei[2]), und gab dafür in der lex Iulia judiciorum publicorum gemeinschaftliche genaue Vorschriften[3]). Hinsichtlich der Geschworenen ist es gewiss, dass jene lex und die lex Iulia privatorum von den Geschworenen der Quästionen und von denen der Civilgerichte als von getrennten Kategorien handelten[4]).

38) (Ascon.) in Verr. I. 6. 10. 13. p. 132. 143. 147 Orell.. Cicero in Verr. I. 10. 13.

39) Cicero pro Cluent. 33. 34. 35.

40) Fragm. l. Servil. c. 9., Cicero pro Cluent. 33., in Verr. I. 6. 10. II. 1, 61. ibiq. (Ascon.) et Schol. Gronov. p. 131. 141. 201. 392 Orell.

1) Dio Cass. LVI. 40. Man sehe §. 274.

2) Von den quaestiones perpetuae unter den Kaisern bis zu ihrem Untergang handelt gut Menn in dem Jahresbericht über das Gymnasium zu Neuss 1859. Er theilt das Gegebene als Bruchstück eines grösseren Werkes mit, dessen Erscheinen sehr willkommen sein wird. Zu bemerken ist, dass er von meiner Rechtsgeschichte nur die erste Auflage anführt und daran Manches tadelt, was schon auf die zweite nicht mehr passt.

3) Fragm. Vatic. §. 197. 198., fr. 4. D. de testib. (22. 5), fr. 2. 3. pr. fr. 12. §. 2. D. de accusat. (48. 2).

4) Dieses sagen die Fragm. Vatic. §. 197. 198.

Eben so ist es gewiss, dass die Gesammtzahl der Geschworenen, aus welchen die Civilgerichte und einzelnen Quästionen zu besetzen waren, unter Octavian jährlich durchs Loos ausgeschieden wurde [5]). Aus welcher Kategorie von Personen dieses geschah, ist dunkel. Die drei Decurien der Republik bestanden in jener Weise nicht mehr ganz [6]). Octavian ordnete die Decurien aufs Neue, und zwar anfangs drei, denen er später noch eine vierte hinzufügte [7]). Jene drei nahm er aus denen, die zu 400000 Sestertien censirt waren, also aus den Rittern und Senatoren [8]); die vierte aus den Ducenarien, die den Census von 200000 Sestertien hatten [9]). Diese war aber

5) Dio Cass. LIV. 18.

6) Man sehe §. 254.

7) Dieses ergiebt sich aus Sueton. Octav. 32., Plinius hist. nat. XXXIII. 7 (1).

8) Man sehe §. 356. Daher in Inschriften die Bezeichnung: Iudici CCCC selecto, Orelli T. I. n. 2357., Orelli-Henzen n. 6469.

9) Sueton. Octav. 32. Von vier Decurien redet auch Plinius hist. nat. XXXIII. 7. 8 (1. 2), jedoch so als ob unter Octavian von Anbeginn an schon vier gewesen wären. Er erzählt auch die Decurien hätten besondere Namen gehabt: tribuni aeris, was aber auf längst vergangene Zeiten geht (§. 254. Note 99. 102), selecti, und iudices; ausserdem nongenti; auch wäre Divo Augusto decurias ordinante maior pars in ferreo annulo gewesen, und wäre nicht equites sondern iudices genannt worden. Aus diesem verworrenen Bericht (§. 356. Note 55) hat sich nun Rudorff I. §. 39. II. §. 103. für die Kaiserzeit folgendes System zurecht gelegt. 1) Die selecti seien die alte Decurie der Senatoren. Allein dawider ist, dass in Inschriften häufig selecti erwähnt werden, welche Bürger in italischen Municipien, und gewiss nicht Senatoren waren, Orelli-Henzen Index p. 117.; ja in einer Inschrift wird ein iudex selectus ausdrücklich eques genannt, Orelli n. 3877. — 2) Die zweite Decurie sei die alte ritterliche der equites aureo annulo. Dieses ist aber durch das Vorige widerlegt; auch wurde der aureus annulus ein Vorrecht der Ritter erst unter Tiberius (§. 356. Note 55). — 3) Die dritte Decurie sei die alte bürgerliche der tribuni aeris, iudices, anulo ferreo. Hier ist jedes Wort ein Irrthum. Erstens existirte unter Octavian die Decurie der tribuni aerarii nicht mehr (§. 254. Note 102). Zweitens bezeichnete nach dem damals noch herrschenden genauern Sprachgebrauch iudex nicht noth-

nur für geringere Civilsachen bestimmt[10]), bezog sich also auf die Quästionen nicht. Dasselbe war wohl auch bei der fünften Decurie der Fall, welche Caligula hinzufügte[11]). Es waren daher unter den fünf decuriae judicum die drei ersten besonders ausgezeichnet[12]). Auch bildeten unter den judices der fünf Decurien die selecti eine besondere Kategorie[13]), die jedoch wohl nicht mit jener Unterscheidung ganz zusammenfällt. Bald nach Octavian, wahrscheinlich schon unter Tiberius, wurden auch die römischen Bürger der Provinzen zu den Richterdecurien in Rom gezogen, nur nicht solche, die eben erst die Civität erhalten hatten[14]). Später geschah die Aufnahme in die fünf Decurien durch allectio[15]). Wie aus der Gesammtzahl der Geschworenen die für die Civilgerichte und die für die Quästionen geschieden wurden, ist nicht klar[16]).

---

wendig die Geschworenen aus dem Bürgerstand, sondern auch die aus dem orde equester (§. 112. Note 123—128. §. 255. Note 106—110). Drittens war der anulus ferreus zu keiner Zeit das Kennzeichen des Bürgerstandes gegen den Ritterstand, sondern nach Plinius der Zierrath des ordo equester im Gegensatz des anulus aureus der equites equo publico und anderer Vornehmen. — 4) Die vierte neue Decurie der ducenarii seien die nongenti. Allein dazu stimmt das, was Plinius von den Letzteren sagt, durchaus nicht, und die Functionen, die er ihnen beilegt, passen eher auf die Zeit der Republik.

10) Sueton. Octav. 32.

11) Man sehe §. 734. Note 8.

12) Dieses zeigt die Inschrift bei Orelli-Henzen n. 3956.

13) Dieses zeigen die Inschriften, Orelli T. I. n. 73. 2179. T. II. n. 3349. 3899. 3900., Orelli-Henzen n. 6158. 6466. 6998.

14) So sagt Plinius hist. nat. XXXIII. 7 (1). Die Zeitbestimmung ergiebt sich aus einer Inschrift, worin Einer zu dieser Zeit als sortiendis iudicibus in Asia aufgeführt wird, Mommsen Inscr. Neapol. n. 4336., Orelli-Henzen n. 4670.

15) Sueton. Tiber. 51. Ein allectus in V decurias wird erwähnt bei Orelli T. I. n. 2543. T. II. n. 4102., Orelli-Henzen n. 5969. 6467. 6468.; — ein allectus in V decurias durch einen Kaiser, Orelli T. I. n. 3703., Orelli-Henzen n. 6469. 6522.; — ein adlectus inter selectos ab Imp., Orelli-Henzen n. 6158.; — ein a praetoribus lectus in iudices, ut iudicia, quae appellantur privata, susciperet, Gellius XIV. 2.

16) Dass dieses geschehen musste, liegt in der Ordnung der Ge-

Eben so wenig weiss man, wie Letztere den einzelnen Quästionen zugetheilt wurden, und ob darüber die alten Bestimmungen fortdauerten.

838. Die Competenz der Quästionen wurde jedoch schon früh eingeengt. Zunächst geschah dieses dadurch, dass Octavian dem Senate für gewisse Fälle, die zum Theil vor die Quästionen gehört hatten, eine neue wichtige Criminalgewalt beilegte [17]). Ferner erhielt der Präfect der Stadt im Geiste der neuen Verhältnisse durch kaiserliche Constitutionen nach und nach die Cognition vieler ausserordentlichen [18]) und selbst mehrerer ordentlichen Verbrechen [19]). Endlich wurde dieser Präfectur durch Septimius Severus, laut einer epistola desselben an den praefectus urbi Fabius Cilo um 205, die Bestrafung aller Verbrechen in der Stadt und innerhalb hundert Meilen im Umkreis beigelegt [20]). Dieses führte eine völlige Umänderung der Criminalgerichtsbarkeit herbei, und die Quästionen, soweit sie noch fortbestanden hatten [21]), hörten nun ganz

schäfte; auch spricht dafür Gellius XIV. 2 (Note 15). Es muss daher dafür auch getrennte Verzeichnisse gegeben haben. Dieses bestreitet zwar Rudorff I. §. 39. Note 20. Er beruft sich auf eine Inschrift, wo Einer iudex selectus publicis privatisque genannt wird, Orelli T. II. n. 3877. So konnte er seinem Amtstitel nach auch heissen, da er zu Beidem gewählt und an sich fähig war. Die andere Inschrift bei Orelli T. II. n. 3826., welche Rudorff anführt, gehört aber gar nicht hieher.

17) Man sehe §. 277. 311. Die neueren Schriftsteller dehnen jedoch diese Gerichtsbarkeit zu weit aus: so auch Geib S. 413—420.

18) Fr. 8. D. de extraord. crimin. (47. 11), fr. 3. D. expil. hered. (47. 19), fr. 1. §. 14. D. de off. praef. urb. (1. 12).

19) Collat. leg. Mos. XIV. 2. 3., Tacit. ann. XIV. 41., fr. 24. D. de l. Cornel. de fals. (48. 10), fr. 135. §. 4. D. de verb. obl. (45. 1).

20) Fr. 1. pr. §. 3. 4. 13. 14. D. de off. praef. urb. (1. 12), fr. 3. §. 1. fr. 4. D. de off. praef. vigil. (1. 15), fr. 8. §. 5. D. de poen. (48. 19), fr. 6. §. 1. D. de interd. (48. 22), Dio Cass. LII. 21.

21) Zeugnisse ihres Bestehens sind Sueton. Tiber. 33. 58., Tacit. ann. I. 72. VI. 16. XIV. 41., Quintil. inst. orat. III. 10., Capitol. in M. Anton. 24., fr. 1. D. de off. eius (1. 21). Die letzte Stelle des Papinian ist vor 205 geschrieben. So hebt Menn mit Recht hervor. Unrichtig ist es jedoch, wenn er den Juristen vorwirft, sie hätten dieses

auf [22]). Der Präfect richtete nicht mit Geschworenen, die nach Stimmenmehrheit entschieden, sondern er sprach das Urtheil selbst blos nach Berathung mit seinem consilium, das aus den vornehmsten Männern gebildet war [23]). Die Auswahl von Geschworenen wurde dadurch überflüssig, und im dritten Jahrhundert war das Verfahren in allen Fällen ein ausserordentliches [24]). Gewisse Arten von Vergehen, die den Geschäftskreis des Präfecten der vigiles berührten, hatte dieser zu züchtigen; an Knechten selbst bis zur Todesstrafe [25]). Dass auch die Centumviralgerichte mit peinlichen Sachen zu thun erhielten, ist nicht wohl anzunehmen [26]).

839. In Italien stand die peinliche Gerichtsbarkeit innerhalb der hundertsten Meile von Rom wie bemerkt dem Präfecten der Stadt zu; darüber hinaus in gewissen Fällen dem Präfecten des Prätoriums [27]), im übrigen den Correctoren oder Consularen der Regionen [28]). In den Provinzen hatte sie wie unter der Republik der Statthalter [29]). Dessen Gewalt umfasste hier Alles, was in Rom an verschiedene Behörden vertheilt war [30]), selbst die dem Stadtpräfecten

letzte Zeugniss der Existenz der Quästionen übersehen. Als solches war es schon in der zweiten Ausgabe §. 799. Note 10. angeführt.

22) Dass die Quästionen durch die Einrichtung des Septimius Severus aufgehoben wurden, bezeichnet Menn als die von ihm gemachte neue Entdeckung. Allein dieses stand mit allen von ihm angeführten Beweisstellen schon in der zweiten Ausgabe dieses Buches, die ihm unbekannt war. Ihm bleibt jedoch das Verdienst das Datum genauer bestimmt zu haben.

23) Apulei. Apolog. p. 381 Oudend.

24) Fr. 8. D. de publ. iudic. (48. 1), fr. 1. §. 3. fr. 13. D. de poen. (48. 19), fr. 15. §. 1. D. ad SC. Turpill. (48. 16).

25) Fr. 15. D. de condict. causa data (12.4). Man sehe §. 230.

26) Dafür spricht blos Phaedrus fab. III. 10.; allein dieses Zeugniss steht zu vereinzelt da. Man sehe Geib S. 233—237.

27) Collat. leg. Mos. XIV. 3.

28) Amm. Marc. XV. 7, 5.

29) Dio Cass. LIII. 14., fr. 6. pr. fr. 8. 11. D. de off. procons. (1. 16), fr. 3. 4. 6. §. 8. D. de off. praes. (1. 18).

30) Fr. 7. §. 2. D. de off. procons. (1. 16), fr. 10. 12. D. de off. praesid. (1. 18).

zugewiesenen ausserordentlichen Cognitionen[31]). Auch über leichtere Vergehen[32]) und über Verbrechen der Knechte[33]) hatte er zu erkennen. Der Procurator des Kaisers besass aber als solcher keine peinliche Gerichtsbarkeit, sondern nur, wenn er, wie in Judäa, die Stelle des Statthalters versah, wurden ihm auch gewisse Strafsachen überwiesen[34]). In wie weit die Stadtobrigkeiten in Italien und in den Provinzen eine Strafgewalt hatten, lässt sich nicht bestimmen; gewiss ist nur, dass ihnen eine mässige Zuchtgewalt gegen Knechte zustand[35]), und dass sie für die Aufbewahrung und vorläufige Vernehmung der Verbrecher zu sorgen hatten[36]). Die föderirten und freien Städte hatten aber natürlich die volle Halsgerichtsbarkeit[37]); doch konnten ihre Einwohner auch vor den römischen Magistraten verklagt und verurtheilt werden[38]). Eigenthümlich war das Verhältniss in Judäa, wo der Hohepriester mit dem Synedrium wegen Religionsvergehen verhaften, richten und nach ihrem Gesetz zum Tode verurtheilen konnte; allein die Bestätigung und Vollstreckung der Sentenz musste von dem römischen Procurator nachgesucht werden[39]).

840. Uebrigens wurde die peinliche Halsgerichtsbarkeit bei keinem Amte als von selbst in dem imperium

31) Fr. 8. D. de extr. crim. (47. 11), fr. 3. D. expil. haered. (47. 19), Collat. leg. Mos. XIV. 2. 3.

32) Fr. 6. D. de accus. (48. 2).

33) Fr. 6. D. de accus. (48. 2), fr. 24. §. 3. D. de pignor. act. (13. 7), fr. 9. D. de manum. (40. 1).

34) Collat. leg. Mos. XIV. 3., fr. 3. pr. D. de off. procur. (1. 19), c. 2. C. de poen. (9. 47), c. 3. C. ubi caus. fisc. (3. 26).

35) Fr. 12. D. de iurisd. (2. 1), fr. 15. §. 39. fr. 17. §. 2. D. de iniur. (47. 10).

36) Fr. 3. 6. pr. fr. 10. D. de custod. reor. (48. 3), c. 5. 6. C. Th. de exhib. reis (9. 2). Sehr anschauliche Beispiele geben die Acta S. Felic. 1. 2. 3., S. Saturnin. 2.

37) So Athen, Tacit. ann. II. 55.

38) Fr. 7. §. 2. D. de captiv. (49. 15).

39) Matth. XXVI. 3. 4. 47. 57—66. XXVII. 1. 2. 11—14. 22—26., Ioan. XVIII. 3—13. 19—24. 28—40. XIX. 1—16., Ioseph. ant. Iud. XX. 9, 1.

enthalten, sondern immer als ein ausserordentliches Attribut desselben angesehen. Man nannte sie merum imperium[40], ius gladii[41], potestas im engsten Sinne[42], und sie kam einem Amte nur dann zu, wenn sie ihm durch eine lex, ein Senatusconsult oder eine kaiserliche Constitution ausdrücklich beigelegt war. Deshalb konnte sie als auf einer besonderen Verleihung beruhend nicht wie die Jurisdiction mandirt werden[43].

841. In die Handhabung der Strafgewalt griff aber auch der Kaiser selbst sehr thätig ein. Schwere Criminalfälle jeder Art wurden häufig an ihn gebracht und bald von ihm in Person mit seinem consilium abgeurtheilt[44], bald dem Senate[45] oder dem Präfecten des Prätoriums oder einem anderen iudex[46] zur Cognition zugewiesen. Insbesondere musste wegen Capitalstrafen wider einen Decurio aus dem ganzen Reiche zuvor an ihn berichtet werden[47]. Auch war wie in Civilsachen selbst aus den Provinzen an ihn zu appelliren gestattet[48], und zweifelhafte Fälle wurden ihm häufig von den Statthaltern zur unmittelbaren Entscheidung referirt[49].

842. Seit Constantin war das Verhältniss folgendes. In den beiden Hauptstädten hatte der Präfect wie bisher

---

40) Fr. 3. D. de iurisd. (2. 1).

41) Fr. 6. §. 8. D. de off. praesid. (1. 18), Lamprid. Alex. Sever. 49.

42) Fr. 3. D. de iurisd. (2. 1).

43) Fr. 1. pr. §. 1. D. de off. eius (1. 21), fr. 6. pr. fr. 11. D. de off. procons. (1. 16), fr. 70. D. de reg. iur. (50. 17).

44) Sueton. Octav. 33., Dio Cass. LV. 7., Tacit. ann. VI. 10. XIV. 50., Plinius epist. VI. 22. 31., Capitol. M. Anton. 24.

45) Tacit. ann. III. 10—16. 37. IV. 22. VI. 7—10.

46) Plinius epist. VII. 6., Spartian. Sever. 4., c. 1. C. de precib. imperat. (1. 19).

47) Fr. 27. §. 2. D. de poen. (48. 19), fr. 2. §. 1. D. de bon. eor. (48. 21), fr. 16. D. ad l. Cornel. de sicar. (48. 8).

48) Fr. 6. §. 8. 9. D. de iniusto (28. 3), fr. 1. pr. D. quando appell. (49. 4).

49) Plinius epist. X. 97. 98., Collat. leg. Mos. I. 11., fr. 14. D. de off. praes. (1. 18).

die Cognition über schwere Verbrechen[50]), und in einzelnen Fällen in dessen Auftrag der Präfect der annona[51]); mit ihm concurrirte in Rom der Vicarius der Stadt[52]). Ueber die minder schweren Vergehen richtete der Präfect der vigiles[53]), an dessen Stelle später in Constantinopel der Prätor des Volkes gesetzt wurde[54]). Ausserhalb der Stadt Rom aber intra centesimum milliarium hatte der Präfect nicht mehr die unmittelbare Gerichtsbarkeit[55]), sondern diese stand den Consularen zu. Nur war die Strafgewalt in den suburbicarischen Provinzen noch durch den Stadtpräfecten beschränkt[56]). Die eigene Gerichtsbarkeit des Senates hatte aufgehört; statt derselben wurden aus dem ganzen Reiche die Verbrechen auffallender Art, besonders solche, welche die geheiligte Person des Kaisers berührten, häufig an Hof gezogen und dem Präfecten des Prätoriums oder anderen vertrauten Personen[57]), oder dem Senate[58]) zur Untersuchung überwiesen. In den Provinzen war der Blutbann in der Hand der Statthalter[59]); auch in denen von Italien[60]), mit Ausnahme der für die suburbicarischen Provinzen geltenden Modification. Mit geringen Vergehen und Freveln sollten sich aber die Statthalter nicht befassen[61]); also giengen diese die Municipalmagi-

---

50) C. 1. C. de off. praef. vigil. (1. 43), Amm. Marc. XXVI. 3. XXVIII. 1., nov. Iust. 13. c. 6.

51) Amm. Marc. XXVIII. 1, 9. 31. 32.

52) Amm. Marc. XXVIII. 1, 22. 32. 43—47.

53) C. 1. C. de off. praef. vigil. (1. 43), Cassiodor. var. VII. 7.

54) Man sehe §. 378.

55) Man sehe §. 389. Note 27. 28. In diesem Sinne ist fr. 3. D. de off. praef. urbi (1. 12) interpolirt.

56) C. 12. C. Th. de poen. (9. 40) ibiq. Gothofr., c. 13. C. Th. de accus. (9. 1). Man vergleiche dazu §. 389. Note 29. 30. 31.

57) Amm. Marc. XV. 3. 13. XIX. 12. XXIX. 1, 23. 38., Zosimus IV. 14.

58) Man sehe §. 371.

59) C. 1. C. Th. ne sine iussu (9. 41).

60) Amm. Marc. XV. 7, 5.

61) C. 8. C. Th. de iurisd. (2. 1) a. 395.

strate an[62]). Im fünften oder sechsten Jahrhundert wurde aber den Defensoren die niedere Strafgewalt beigelegt[63]); daher hatten auch nur sie, nicht mehr die Magistrate, für die vorläufige Vernehmung der ihnen übergebenen schweren Verbrecher und für die sofortige Beförderung derselben zum Statthalter hin zu sorgen[64]).

843. Uebrigens gab es mancherlei besondere Strafgerichte, theils für gewisse Arten von Vergehen theils für besondere Personenklassen. Zu der ersten Klasse gehörten die Vergehen wider die annona; darüber und daher auch über die auf diesen Dienst bezüglichen Corporationen richtete der Präfect der annona selbst bis auf Leben und Tod[65]). Gerichte der zweiten Art waren folgende. Die Senatoren hatten in der früheren Kaiserzeit ihren Gerichtsstand vor dem Senat[66]). Durch die neue Einrichtung des Septimius Severus wurden aber auch die Verbrechen der Senatoren in Rom und intra centesimum milliarium dem Gericht des praefectus urbi unterworfen[67]). In der Verfassung Constantins gestaltete sich dieses auf folgende Art. Die in der Stadt domicilirten Senatoren standen unter dem Stadtpräfecten, nur so dass in schweren Fällen an den Kaiser berichtet werden musste[68]). Die Senatoren in den Provinzen, auch in denen von Italien, waren nach einer Verordnung

62) Denn die Defensoren hatten damals noch keine Strafgewalt, c. 7. C. Th. de defens. (1. 29) a. 392.

63) C. 5. C. J. de defens. (1. 55) verglichen mit c. 7. C. Th. eod. (1. 29), Interpr. ad c. 8. C. Th. de iurisd. (2. 1), nov. 15. c. 6.

64) C. 22. pr. C. de episc. audient. (1. 4), c. 7. C. J. de defensor. (1. 55) verglichen mit c. 5. C. Th. de custod. reor. (9. 2).

65) Fr. 13. D. de accusat. (48. 2), c. 38. C. Th. de navicul. (13. 5), c. 9. C. Th. de suar. (14. 4), Cassiodor. var. VI. 18. Daher die Bezeichnung praefectus annonae cum iure gladii, Orelli T. II. n. 3169. 3191.

66) Man sehe §. 277. Note 7. auch §. 288. Note 68.

67) Dieses ergiebt sich aus der allgemeinen Fassung des fr. 1. pr. D. de off. praef. urbi (1. 12).

68) C. 10. C. Th. de poenis (9. 40), c. 10. C. Th. de malefic. (9. 16).

Constantins (317) unter die Statthalter gestellt [69]. Bald darauf wurde jedoch festgesetzt, dass solche Anklagen von den gewöhnlichen Gerichten zwar instruirt, allein über die Strafbestimmung aus den suburbicarischen Provinzen beim Präfecten der Stadt, aus den Anderen beim Präfecten des Prätoriums angefragt werden sollte [70]. Der Stadtpräfect musste jedoch immer zu einem Gericht über Senatoren ein consilium von fünf durchs Loos gewählten Senatoren zuziehen [71]. Justinian hob aber dieses wieder auf, indem er nur die Constitution Constantins in seine Sammlung aufnahm [72].

844. Die Reichsbeamten aus der höheren Rangclasse der illustres hatten in Criminalsachen ihren Gerichtsstand beim Kaiser selbst, selbst nach Niederlegung ihrer Würde [73]. Die Vergehen der Provinzialstatthalter giengen den Präfecten des Prätoriums an [74]. Die Palatinen standen unter der Strafgewalt des magister officiorum [75], die Officialen unter der ihres Chefs [76], die Colonen und Knechte auf den Gütern des kaiserlichen Hauses unter dem comes domorum [77].

845. Was die Soldaten betrifft, so hatte Octavian die Bestrafung der Militärvergehen in Italien den Präfecten des Prätoriums, jedoch mit gewissen Ausnahmen in Ansehung

69) C. 1. C. Th. de accusat. (9. 1).

70) C. 13. C. Th. de accusat. (9. 1).

71) C. 12. C. Th. de iurisd. (2. 1).

72) C. 1. C. ubi senator. (3. 24). Entsprechend ist auch Cassiodor. var. VI. 4. 21.

73) Amm. Marc. XXVII. 7,5., Zeno in c. 3. C. ubi senator. (3. 24). Man vergleiche Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. §. 10.

74) C. 2. C. Th. de off. magistr. milit. (1. 7), c. 10. C. Th. de off. praef. praet. (1. 5).

75) Man sehe §. 364. Note 64.

76) Fr. 6. §. 1. D. de poen. (48. 19). — C. 4. C. Th. de off. magistr. milit. (1. 7), c. 2. C. J. de off. magistr. milit. (1. 29), c. 5. C. J. de apparit. magistr. milit. (12. 55). — C. 12. C. J. de palatin. sacr. largit. (12. 24), Zosimus IV. 14.

77) Man sehe §. 741. Note 70.

der Centurionen und anderer Oberen beigelegt[78]). In den Provinzen des Kaisers handhabte sie bei leichten Vergehen der Legat, welcher die Legion befehligte, bei Capitalsachen aber der präses[79]). Hingegen die Proconsuln in den Provinzen des Volkes hatten die militärische Strafgewalt bis auf Leben und Tod nur dann, wenn sie ihnen vom Kaiser besonders verliehen war[80]). Die Strafsachen der militärischen Oberen kamen aber vor den Kaiser selbst[81]). Durch Constantin wurde jene Gewalt von den Präfecten auf die magistri militum übertragen[82]); auch kamen nun alle Vergehen der Soldaten, nicht blos die militärischen, vor die Militärgerichte[83]).

846. Endlich gehört hieher der Gerichtsstand der christlichen Geistlichen. Die kirchlichen und amtlichen Vergehen derselben giengen natürlich die weltlichen Gerichte nicht an, sondern deren Ahndung war von jeher den geistlichen Behörden überlassen[84]). Dasselbe wurde aber auch als Standesprivilegium bei bürgerlichen Vergehen der Bischöfe und Kleriker festgesetzt[85]). Valentinian III. zog diese jedoch wieder an die weltlichen Gerichte[86]), und dabei ist es auch im späteren Recht geblieben[87]).

78) Dio Cass. LII. 24. Die Stelle ist nicht ganz deutlich.

79) Dio Cass. LII. 22. Man vergleiche §. 310. 340.

80) Dio Cass. LIII. 13. Dieses war das ius gladii im engeren Sinn, Orelli T. II. n. 3664., Capitol. Gordian. 9.

81) Dio Cass. LII. 22. 33.

82) Zosimus II. 32. 33.

83) Fr. 9. D. de custod. reor. (48. 3), fr. 3. pr. D. de re milit. (49. 16), c. 2. C. Th. de iurisd. (2. 1), c. 6. C. J. de iurisd. (3. 13), c. 18. C. J. de milit. (12. 36).

84) C. 23. C. Th. de episc. (16. 2), c. 29. C. J. de episc. audient. (I. 4), nov. 83. c. 1.

85) C. 12. 41. 47. C. Th. de episc. (16. 2).

86) Nov. Valentin. III. tit. XXXIV. de episc. iudic. c. 1. pr. §. 1.

87) C. 25. pr. C. J. de episc. (1. 3), c. 29. §. 4. C. de episc. audient. (I. 4), nov. 83. praef. §. 2., nov. 123. c. 8. c. 21. §. 1.

Achtes Kapitel.

Von dem peinlichen Verfahren.

847. Das peinliche Verfahren setzte regelmässig eine förmliche Anklage voraus. Dieses Amt lag in der alten Zeit den beiden Quästoren des Parricidiums ob [1]). Diese hatten daher auch für peinliche Anklagen die Centuriatcomitien zu berufen [2]). Später kam aber das Anklageamt zum Theil an die Aedilen [3]), die dann dazu auch selbst die Comitien ansagten [4]); theils versahen es die Tribunen, welche aber zur Berufung der Centuriatcomitien den Prätor angehen mussten [5]). Zuletzt wurde Jeder zur Anklage zugelassen [6]).

848. Was das Verfahren betrifft, so ist zur Zeit der Republik die Verhandlung beim Volke und die vor einer quästio zu unterscheiden [7]). Erstere begann mit der förm-

1) Man sehe §. 59.

2) Man sehe §. 120. Note 41.

3) Man sehe §. 138.

4) Man sehe §. 120. Note 43.

5) Man sehe §. 120. Note 42.

6) Dieses ist die Ordnung der späteren Zeit, Valer. Max. VI. 1, 10. Doch accusirte Clodius den Milo noch als Aedile, Dio Cass. XXXIX. 18., Cicero pro Sext. 44., in Vatin. 47., ad Quint. II. 3.

7) Ueber die Verhandlung beim Volke hat Eisenlohr Provocatio S. 6. 7. 41—47. eine eigenthümliche Meinung aufgestellt. Er behauptet die Comitien hätten nie zuerst und unmittelbar gerichtet; sondern immer habe zuerst ein Magistrat, und zwar derselbe, welcher accusirt hatte, das Urtheil gefällt; allein ohne Provocation an das Volk und Bestätigung durch dasselbe habe es nie vollstreckt werden können, und darauf bezögen sich die Provocationsgesetze. Dawider ist Folgendes zu bemerken. 1) Die Stellen, welche von der Strafgewalt der comitia centuriata und tributa reden, bezeichnen dieselbe als eine unmittelbare, und sagen von einer dazwischen liegenden Provocation nichts. Man sehe §. 50. Note 13. §. 104. Note 53. §. 120. Note 39. Eisenlohr kann diese Stellen nur auf eine höchst gezwungene Weise mit seiner Ansicht vereinigen. — 2) Die von den anklagenden Magistra-

lichen Bekanntmachung dessen, dem die Anklage oblag, gegen den Anderen wegen des darin bezeichneten Vergehens zu dem bestimmten Tage vor dem Volke klagend auftreten zu wollen [8]). Gehörte die Anklage vor die Centuriatcomitien, so wurde der Tag von dem quästor parricidii, der den Ankläger machte, durch den von ihm abgeschickten Hornbläser auf der Burg, vor den Mauern und am Hause des Verklagten ausgerufen [9]). Die Tribunen wenn sie dort anklagen wollten [10]), liessen den Tag vom Prätor bestimmen [11]); bei einer Anklage in den comitia tributa setzten sie selbst den Tag fest. Der Verklagte wurde zu seiner Vertheidigung gehörig vorgeladen [12]), und musste wegen seines Erscheinens Bürgen stellen oder ins Gefängniss wandern [13]). Am bestimmten Tage wurde vor dem

ten gebrauchten Ausdrücke: multam dixerunt, perduellionem iudicaverunt und dergleichen, bezeichnen nur ihren Antrag als dasjenige, dessen sie auf ihrem Standpunkt den Angeklagten schuldig erachteten. Dieses zeigen deutlich Livius XXV. 3. XXVI. 3. XLIII. 8. 16. — 3) Wenn Eisenlohr sagt, das Urtheil des Magistrates habe nicht vollstreckt werden können, die Provocation habe sich von selbst verstanden, und es sei daher gleich in den Comitien über den Fall weiter verhandelt worden: so kann man fragen, worin sich denn ein solches Urtheil von einem Antrag unterscheide? — 4) In einzelnen Stellen wird von dem Magistrate der Ausdruck, accusare, gebraucht. Wenn aber das Volk nicht unmittelbar Richter war, so accusirte er also zunächst bei sich selbst; er war, wie auch Eisenlohr ausdrücklich sagt, Ankläger und Richter in einer Person. — 5) Eben daraus folgt denn, dass die Tribunen, ja selbst die Quästoren, eine Jurisdiction in Capitalsachen gehabt hätten, und Eisenlohr behauptet auch dieses ausdrücklich. — 6) Eisenlohr beruft sich besonders darauf, dass sonst die wiederholte Erneuerung der Provocationsgesetze keinen rechten Sinn gehabt hätte. Sie hatten aber allerdings einen guten Sinn, weil bei dem gewaltigen Ansehen und freien Spielraum der Magistratur eine Ueberschreitung, besonders in den Provinzen, leicht möglich war. Man vergleiche auch §. 104. Note 56.

8) Dieses hiess diem dicere, Livius XXV. 3. 4. XLIII. 16.

9) Varro de ling. lat. VI. 90. 91. 92., Plutarch. C. Gracch. 3.

10) Ein Beispiel giebt Schol. Bob. in Clod. p. 337 Orell.

11) Livius XXVI. 3. XLIII. 16., Gellius VII. 9.

12) Appian. de bell. civ. I. 74.

13) Livius III. 13. XXV. 4. XXVI. 3., Dionys. X. 8.

in der Form der Concionen versammelten Volke die Anklage und mit ihr der Antrag auf eine bestimmte Strafe vorgebracht, die Vertheidigung gehört[14]), die Zeugen und anderen Beweise vernommen[15]), und dieses in Zwischenräumen zweimal wiederholt[16]). Nach der dritten Verhandlung, die nun nicht lange mehr dauerte, wurde über den Antrag abgestimmt. Später war das Verfahren so, dass der Magistrat dreimal zu verschiedenen Tagen accusirte, dann über drei Nundinen zum viertenmal, wo er dann auch seinen Strafantrag stellte[17]). Nach dem Schlusse der Verhandlungen geschah die Abstimmung, nach Centurien oder Tribus[18]), anfangs mündlich, später mit Täfelchen[19]). Trat der Verklagte beim Aufruf des Gerichtsdieners[20]) nicht zu seiner Rechtfertigung hervor, oder liess er sich als exulirt melden: so wurden die Verhandlungen gegen ihn auch als abwesend fortgesetzt[21]).

849. Vor einer quästio begann das Verfahren mit der bei deren Prätor zu machenden Anzeige der beabsichtigten Anklage und dem Antrag dieselbe zuzulassen. Dieses hiess delationem nominis postulare[22]). Meldeten sich zu gleicher Zeit Mehrere, so musste unter ihnen, weil wegen desselben Verbrechens immer nur ein Ankläger zulässig war, vor Allem eine divinatio um den Vorrang geschehen[23]); die Uebrigen konnten sich aber doch der Anklage

---

14) Livius II. 52. 61. III. 56—58. XXV. 3. XXVI. 2. 3. XXXVIII. 50. 51.

15) Livius III. 58. XXV. 3. XXVI. 3., Cicero in Vatin. 17.

16) Livius XXVI. 3.

17) Declam. pro domo 17., Appian. de bell. civ. I. 74. Nicht ganz richtig ist die Auslegung der ersten Stelle bei Geib S. 116., Becker-Marquardt II. 3,57. Richtiger ist sie bei Eisenlohr S. 39. 40., nur hat er seine falsche Grundansicht eingemischt.

18) Livius XL. 42. XLIII. 16., Cicero de leg. III. 3.

19) Man sehe §. 125. 126.

20) Livius XXXVIII. 51.

21) Livius II. 35. III. 13. XXV. 4. XXXVI. 3. XXXVIII. 52.

22) Cicero divin. 20., ad famil. VIII. 6.

23) Gellius II. 4., Cicero ad Quint. fr. III. 2., fr. 16. D. de ac-

als Subscriptoren anschliessen [24]). Auf jene Postulation folgte nach einer gewissen Frist die nominis delatio [25]), wozu natürlich der Verklagte citirt wurde [26]). Hier wurde das, worauf die Anklage gieng, genau formulirt, was man legibus interrogare nannte [27]), dann zu Papier gebracht und vom Ankläger subscribirt [28]). Seit der lex Julia musste ein in einer vorgeschriebenen Form abgefasstes und vom Ankläger unterschriebenes Accusations- oder Inscriptionslibell übergeben [29]) und bei den Acten deponirt werden [30]). Hierauf wurde die Sache mit dem Namen des Anklägers und des Verklagten in das Gerichtsregister eingetragen [31]), was nomen rei recipere hiess [32]), und der Tag für das Accusiren vor dem versammelten Gerichtshof festgesetzt. Gewöhnlich geschah dieses auf den zehnten Tag [33]); doch wurde dem Ankläger auf seinen Antrag zur Inquisition der Verbrechen und Anschaffung der Beweismittel auch eine ausgedehntere Frist bewilligt [34]).

---

cus. (48. 2). Dass sie vor der delatio nominis geschah, zeigt Cicero divin. 7. 19. 20., Ascon. in argum. Milon. p. 40 Orell.

24) Cicero divin. 15. 16., Ascon. in argum. Scaurian. p. 19 Orell., Apulei. Apolog. p. 380 Oudend.

25) Cicero ad fam. VIII. 6., divin. 20.

26) Auf diese Citation zur Anhörung der delatio nominis gehen Ascon. in argum. Milon. p. 40 Orell., Cicero in Verr. II. 28. 38.

27) (Ascon.) in Verr. I. 2. II. 2, 3. p. 128. 206 Orell., Schol. Bob. de aere alieno Milon. p. 342 Orell., Sallust. Catil. 18. 31., Vell. Pat. II. 13.

28) Ascon. in Milon. 35. p. 55 Orell., Cicero de invent. rhet. II. 19.

29) Fr. 3. pr. §. 1. 2. fr. 7. pr. D. de accus. (48. 2), Apulei. Apolog. p. 378. 379. ed. Oudend., c. 3. C. de his qui accus. (9. 1).

30) Fr. 3. §. 8. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5), c. 1. C. ad SC. Turpill. (9. 45).

31) Cicero in Verr. II. 41. 42. 43., pro Cluentio 31., fr. 3. §. 1. 4. D. de accus. (48. 2).

32) Livius XXXVIII. 55., Cicero ad fam. VIII. 8., in Verr. II. 38. IV. 19.

33) Ascon. in argum. Cornel. p. 59 Orell., Cicero ad Quint. fr. II. 13. Zuweilen geschah es auf den dreissigsten Tag, Cicero in Vatin. 14.

34) Dreissig Tage, Ascon. in argum. Scaurian. et in c. 1. p. 19. 21.

850. Am festgesetzten Tage rief der präco beide Theile mit ihrem Namen vor Gericht auf[35]). Fehlte der Ankläger, so wurde der Name des Verklagten aus dem Gerichtsbuch wieder gestrichen[36]). Fehlte der Verklagte, so wurde er nach einer kurzen Verhandlung verurtheilt und sein Vermögen eingezogen[37]). Unter den Kaisern trat jedoch ein milderes Verfahren ein. Der Verklagte wurde als ein zu Requirirender annotirt und durch Edicte vorgefordert; dann nach einem Jahre sein Vermögen confiscirt, übrigens aber kein Straferkenntniss gefällt[38]). Waren aber Beide erschienen und die zu der quästio gehörenden Geschworenen ausgewählt, so geschah vor Diesen die accusatio in einem zusammenhängenden Vortrage, worauf in gleicher Art die Vertheidigung folgte. An diese Reden schloss sich eine in kurzen Fragen und Antworten bestehende altercatio, worin man die wichtigsten Momente scharf zusammenfassen konnte[39]). Hiemit waren nach dem alten Recht, welches noch zur Zeit der lex Acilia repetundarum galt, die Verhandlungen geschlossen[40]). Eine Ausnahme machte jedoch die lex Servilia repetundarum, welche bei Anklagen dieser Art nach der Vertheidigung die comperendinatio, dass heisst einen Tag zu einer zweiten actio des Klägers festsetzte[41]),

---

hundert und zehn Tage, Cicero in Verr. I. 2. II. 1, 11. ibiq. (Ascon.) p. 125. 128. 163 Orell.

35) Appian. de bell. civ. I. 74., Quintil. inst. orat. VI. 4. §. 7., Acta S. Marini 2 (Euseb. VII. 15), fr. 10. D. de publ. iudic. (48. 1).

36) Cicero in Verr. II. 40., Ascon. in argum. Cornel. p. 59 Orell.

37) Cicero in Verr. II. 17. 38. 40., Ascon. in Milon. 35. p. 54. 55 Orell., Plutarch. Brut. 27., Appian. de bell. civ. III. 95. IV. 27.

38) Fr. 1. 5. D. de requir. (48. 17), fr. 5. pr. D. de poen. (48. 19). c. 1. 2. C. de requir. reis (9. 40), nov. 134. c. 5.

39) Quintil. VI. 4. Dieses kam schon zu Ciceros Zeit vor, Quintil. VI. 3. §. 4.

40) Was der falsche Asconius zur Verr. I. 17. II. 1, 9. p. 149. 165. dieser lex beilegt, enthält augenscheinlich Irrthümer, Ferrat. epist. I. 10.

41) Cicero in Verr. II. 1, 9. Der Sinn dieser viel besprochenen Stelle ist in der That klar genug. Was aber der falsche Asconius

worauf dem Verklagten abermals eine Antwort frei stand[42]). Bei der Anklage und Vertheidigung wurden auch von anderen dazu erbetenen Patronen Reden gehalten; auch war es gewöhnlich, dass der Verklagte zu seiner Empfehlung eine gewisse Zahl von Laudatoren oder schriftliche Laudationen beibrachte[43]); allein des Missbrauchs wegen wurde die Zahl der Patrone zuerst durch die Gesetze des Pompejus[44]), dann durch die lex Julia beschränkt[45]), und der Gebrauch der Laudatoren von Pompejus ganz untersagt[46]). Die Reden dauerten oft mehrere Tage; daher sah sich Pompejus veranlasst, auch hiefür ein Mass festzusetzen[47]). Eine solche Beschränkung blieb bis in die späten Zeiten, nur wurde wie es scheint in jedem einzelnen Falle dem Redner seine Zeit nach der Wasseruhr zugemessen[48]).

851. Die Beweise geschahen ursprünglich gewöhnlich so, dass nach den Anklage- und Vertheidigungsreden, jedoch im Falle der comperendinatio vor der zweiten actio, die Zeugen vorgenommen und abgefragt wurden[49]). Doch konnte sie der Ankläger auch gleich gebrauchen, entweder so, dass er die Anklagepunkte in einer ununterbrochenen Rede zusammenfasste und erst am Schluss derselben die Zeugen aufführte, oder so, dass er dieses einzeln bei jedem Punkte that[50]). Hingegen nach den beiden Gesetzen des

---

zur Verr. II. 1, 9 (26) über die comperendinatio compilirt hat, bestätigt nur seinen völligen Mangel an eigenem Urtheil.

42) Die läppische Meinung des falschen Asconius zur Verr. I. 18 (56). II. 1, 9 (26), in der zweiten actio habe der Verklagte zuerst gesprochen, hat Ferrat. epist. I. 9. hinreichend widerlegt.

43) Cicero in Verr. V. 22., Ascon. in Scaurian. c. 2. p. 28 Orell.

44) Dio Cass. XL. 52., Dialog. de caus. corrupt. eloq. 38.

45) Ascon. in argum. Scaurian. p. 20 Orell.

46) Dio Cass. XL. 52. 55., Plutarch. Pompei. 55., Cato min. 48.

47) Ascon. in argum. Cornel. et Milon. p. 62. 40 Orell., Dio Cass. XL. 52., Cicero Brut. 94., Dialog. de caus. corrupt. eloq. 38.

48) Plinius epist. II. 11. IV. 9. VI. 2., Dio Cass. LXXI. 6. LXXVI. 17., Apulei. Metam. p. 177b. p. 455b Oudend., Ioan. Lydus de magistr. II. 14. 16.

49) Cicero pro Flacco 10., in Verr. II. 72.

50) Cicero in Verr. I. 18. ibiq. (Ascon.) p. 153 Orell.

Pompejus sollten zuerst die Zeugen vor sämmtlichen zu der quästio gehörenden Geschworenen vernommen und ihre Aussagen niedergeschrieben, dann durchs Loos ein und achtzig Geschworene sortirt und vor diesen die Reden gehalten werden[51]). Später, wahrscheinlich von der lex Julia her, war es wieder anders, indem die Zeugen wie ehemals erst nach den Actionen abgefragt wurden[52]). Die Redner konnten sich daher hinsichtlich derselben nur sehr im Allgemeinen halten[53]). Das Aufbieten zum Zeugniss geschah durch die Parthei, die desselben bedurfte; entweder in Form eines Ersuchens, dem der Zeuge freiwillig entsprach, oder in Form einer vom Richter authorisirten Denuntiation, wodurch er unter Androhung einer Strafe vorgeladen wurde. Letzteres wurde jedoch nur dem Ankläger gestattet[54]). Auch machten die Gesetze Beschränkungen, theils in Ansehung der Zahl bis zu welcher[55]), theils in Ansehung bestimmter Personen, die zum Zeugniss gar nicht aufgeboten oder doch dazu nicht gezwungen werden durften[56]). Die Zeugen wurden bei Gericht, wenn daran die Reihe war, vom präco aufgerufen[57]), dann vereidet[58]), und hierauf vom Ankläger öffentlich abgefragt, wobei aber auch dem Verklagten Gegenfragen erlaubt waren[59]); hier kam daher auf Scharfsinn und Gewandtheit der Patrone

---

51) Ascon. in argum. Milon. p. 37. 40 Orell.

52) Quintil. inst. orat. V. 7. §. 25., Plinius epist. II. 11. IV. 9.

53) Quintil. V. 7. §. 3. 8 23. 25. VI. 4. §. 4. 5.

54) Quintil. V. 7. §. 9., Plinius epist. III. 9. V. 20. VI. 5., Cicero in Verr. II. 26.

55) Fragm. l. Servil. c. 12.. Valer. Max. VIII. 1. absol. 10., Lex Mamilia c. 5., fr. 1. §. 2. D. de testib. (22. 5).

56) Lex (Acilia repetund.) lin. 2 (Haubold monum. p 74), Collat. leg. Mos. IX. 2. 3., fr. 3. §. 5. fr. 4. 5. 13. 18. D. de testib. (22. 5).

57) Dieses hiess citare testes, Cicero in Verr. II. 1,7. 2,30.

58) Cicero in Verr. II. 72., Quintil. V. 7. §. 5. 32., c. 9. pr. C. de testib. (4. 20).

59) Cicero pro Flacco 10., (Ascon.) in Verr. II. 1,11. p. 165 Orell., Ascon. in argum. Milon. p. 41 Orell.

Vieles an[60]); ein Befragen durch den Richter findet sich erst später, als die alte Ordnung verfiel[61]). Die Aussagen wurden niedergeschrieben und für den gerichtlichen Gebrauch aufbewahrt[62]). Statt der Zeugen in Person konnten die Partheien auch blos deren schriftliche Erklärungen mitbringen[63]); doch wurde diesen ein geringeres Gewicht beigelegt[64]). Urkunden öffentlicher Behörden, die für den Process herbeigeholt wurden, mussten zur Verhütung der Verfälschung binnen drei Tagen beim Gericht niedergelegt werden[65]); Privaturkunden wurden während der Verhandlungen vorgebracht[66]). Die Tortur endlich wurde gegen Knechte gebraucht, um von ihnen als vermutheten Urhebern oder Mitwissenden ein Bekenntniss zu erzwingen[67]); nur musste der Ankläger, der darauf gegen einen fremden Knecht antrug, im Falle der Unschuld dessen Herrn den dadurch etwa entstandenen Schaden ersetzen und dafür Caution leisten[68]). Wider ihren eigenen Herrn durften aber Knechte nicht torquirt werden[69]), ausser im alten Recht bei der Inquisition auf (religiösen) Incest[70]), später wegen adulterium[71]), Steuerdefraudation[72]) und Majestätsverbre-

60) Quintil. V. 7. §. 3. 9—22. 26—31.

61) Fr. 3. §. 3. D. de test. (22.5), Apulel. Apolog. p. 600 Oudend.

62) Cicero pro Cluent. 23. 60., in Verr. II. 1, 31. 33.

63) Quintil. V. 7. §. 1. 2. 25. 32. Man sehe darüber Escher de testium ratione cap. 6.

64) Fr. 3. §. 3. 4. D. de testib. (22. 5).

65) Cicero pro Flacc. 9.

66) Cicero in Verr. II. 1, 31. 33. 38. 2, 76. 77., pro Fontei. 4., pro Flacc. 9., Apulei. Apolog. p. 543. 563 Oudend., Quintil. V. 5.

67) Cicero orat. part. 34., pro Sylla 28., pro Rosc. Amer. 41. 42., pro Cluent. 63., Quintil. V. 4., Livius XXVI. 27.

68) Paul. sent. rec. V. 16. §. 3., fr. 6. pr. D. de quaest. (48. 18), fr. 27. pr. §. 1—5. 15. 16. fr. 18. D. ad l. Iul. de adult. (48.5), c. 3. C. ad l. Iul. de adult. (9. 9), c. 6. C. de calumn. (9. 46).

69) Cicero pro rege Deiot. 1., Dio Cass. LV. 3., Tacit. ann. II. 30. III. 67., Vopisc. Tacit. 9., Paul sent. rec. V. 16. §. 5—9., fr. 1. §. 7 —16. fr. 2. 3. D. de quaest. (48. 18).

70) Cicero orat. part. 34., pro Milon. 22.

71) Fr. 17. D. de quaest. (48.18), Collat. leg. Mos. IV. 11, c. 3.

chen[73]); wegen Incestes (im gewöhnlichen Sinne) aber nicht[74]). Unter den Kaisern konnten unter Umständen auch Freie torquirt werden, und zwar sowohl der Angeklagte[75]) als auch Zeugen[76]); nur nicht Personen von Rang, Senatoren[77]), Decurionen[78]) und Soldaten[79]), ausser bei der Inquisition auf Majestätsverbrechen[80]) und auch auf Magie unter gewissen Umständen[81]). Doch sollte die Tortur überhaupt nur zu schon vorhandenen Anzeigen und Beweisen[82]), und mit Mass und Umsicht angewendet werden[83]). Das Torquiren geschah ausserhalb des Gerichts[84]), durch die Henkersknechte, unter der Aufsicht einer Gerichtsperson, später des Commentariensis, und die Aussagen wurden niedergeschrieben, um sie vor dem Gericht zu

6. 32. C. ad l. Iul. de adult. (9. 9). Daher durften die Knechte während der zweimonatlichen Anklagefrist des Ehemannes und Vaters nicht manumittirt werden, fr. 12. 13. D. qui et a quib. manum. (40. 1), c. 3. 36. C. ad l. Iul. de adult. (9. 9).

72) C. 1. C. de quaest. (9. 41).

73) Cap. 6. §. 2. cap. 7. §. 1. C. ad l. Iul. maiest. (9. 8), c. 1. C. de quaest. (9. 41).

74) Fr. 39. §. 8. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5), fr. 4. 5. D. de quaest. (48. 18).

75) Fr. 18. §. 1. 2. D. de quaest. (48. 18).

76) Fr. 1. §. 9. 10. fr. 15. pr. fr. 18. §. 3. D. de quaest. (48. 18), nov. 90. c. 5. Der Pandektentitel spricht zwar hauptsächlich von servi. Allein die angeführten Stellen beweisen deutlich die Möglichkeit, dass auch Freie torquirt wurden. Auch ergiebt es sich evident aus den angeführten Ausnahmen.

77) C. 1. 3. C. Th. de quaest (9. 35), Amm. Marc. XXVIII. 1, 24.

78) C. 11. 16. C. de quaest. (9. 41).

79) Fr. 3. §. 1. D. de re mil. (49. 16), c. 8. pr. C. de quaest. (9. 41).

80) Paul. sent. rec. V. 29. §. 2., fr. 10. §. 1. D. de quaest. (48. 18), c. 4. C. ad l. Iul. de maiest. (9. 8), Amm. Marc. XXVIII. 1, 10. 11.

81) C. 7. C. de malefic. (9. 18).

82) Paul. sent. rec. V. 14. §. 1., fr. 1. pr. §. 1. fr. 10. §. 4. fr. 18. §. 1. 2. D. de quaest. (48. 18), c. 3. 8. §. 1. C. de quaest. (9. 41).

83) Fr. 1. §. 23. 24. 25. fr. 8. 10. §. 3. 5. D. de quaest. (48. 18).

84) Cicero pro Milone 22.

benutzen[85]). Das Geständniss des Verklagten war bei zureichenden Beweisen zur Verurtheilung nicht erforderlich[86]).

852. Den Schluss der Verhandlungen bezeichnete der Ausruf des präco, und hierauf wurden die Geschworenen zur Abstimmung aufgefordert[87]). Diese gieng entweder auf Verurtheilung, oder auf Freisprechung, oder wenn ihnen die Sache noch nicht klar schien, auf ampliatio, und dann wurde eine nochmalige Verhandlung vorgenommen[88]). Nach der lex Servilia repetundarum, welche in solchen Processen die comperendinatio einführte, war aber das Stimmen für ampliatio nicht mehr zulässig[89]). Die Abstimmung geschah geheim; nach einer lex Cornelia war es aber dem Verklagten frei gestellt, ob heimlich oder laut gestimmt werden sollte, und im letzten Falle geschah es in einer durchs Loos zu bezeichnenden Ordnung, was aber nicht lange im Gebrauch blieb[90]). Zu der geheimen Abstimmung erhielt jeder Richter ein hölzernes mit Wachs überzogenes Täfelchen[91]), welches er mit einem der drei Buchstaben bezeichnete[92]) und dann mit entblösstem Arme,

85) Cicero pro Sylla 28., Ioan. Lydus de magistr. III. 8. 18., Acta S. Claudii 1—5. Von diesen tabellae quaestionis spricht Cicero pro Cluent. 65. 66.

86) C. 16. C. de poen. (9. 47).

87) Cicero in Verr. II. 30., (Ascon.) in Verr. I. 18. p. 152 Oreil.

88) Cicero in Verr. II. 1, 9. Beispiele der ampliatio geben Livius XLIII. 2., Valer. Max. VIII. 1,11., Cicero Brut. 22, in Verr. II. 1, 29.

89) Cicero in Verr. II. 1,9. Klenze hat daher in seine Restitution der lex Servilia c. 13. irrig das NL hineingezogen. Bei anderen Anklagen konnte aber noch für ampliatio gestimmt werden, pro Cluent. 27 (28). Rudorff I. §. 31. Note 11. ist in der Sache derselben Meinung. Er bestreitet nur, dass die lex repetundarum, wovon die Fragmente herrühren, die lex Servilia sei (§. 814. Note 185), und er findet dafür grade den Beweis darin, dass in diesen Fragmenten cap. 12. lin. 47. von ampliatio die Rede sei. Allein aus dem Worte, amplius, in jener lückenhaften unverständlichen Stelle ist eine ampliatio nicht zu beweisen.

90) Cicero pro Cluent. 19 (20). 27. 28.

91) Cicero divin. 7., pro Cluent. 58., pro Flacco 39.

92) A (absolvo), C (condemno), NL (non liquet), (Ascon.) in divin. 7. in Verr. II. 1,9. p. 108. 164 Orell.

den Buchstaben mit dem Finger bedeckend, in die Stimmurne warf[93]). Seit der lex Aurelia, vielleicht nach der Vorschrift der lex Fufia (695)[94]), stimmte jede der drei Richterdecurien in eine besondere Urne[95]); aber die Stimmen wurden aus den dreien zusammengerechnet[96]). Discutirt durfte bei der Abstimmung nicht werden[97]). Nach der Abgabe der Stimmtäfelchen zog sie der Prätor einzeln aus der Urne, verlas sie und übergab sie dem zunächst stehenden Richter; ein leeres Täfelchen galt nach der lex Servilia, welche keine ampliatio zuliess, als Verurtheilung[98]); Stimmengleichheit aber als Lossprechung[99]). Enthielt die Verurtheilung zugleich eine Verpflichtung zu einem Vermögensersatz, so blieben dieselben Richter beisammen, um als Recuperatoren über die Litisästimation zu erkennen[100]).

853. In den bisher beschriebenen Formen wurde auch vor dem Prätor in den Provinzen und seinem aus dem Convente gezogenen consilium accusirt; allein das Urtheil wurde nicht von dem Gerichtshofe, sondern blos vom Prätor gefällt, freilich so dass er sich regelmässig an die Mei-

93) Fragm. l. Servil. c. 13., Appian. de bell. civ. III. 95. IV. 27. Dass bei den Gerichten eine irdene Stimmurne (sitella, urna), nicht wie in den Comitien ein Stimmkorb (cista) gebraucht wurde, zeigt die lex Servilia, auch die Münze der gens Cassia bei Wunder variae lection. p. CLXIV., ferner Cicero ad Quint. fr. II. 6., in Vatin 14. Dadurch wird Wunder widerlegt, welcher den Stellen des Cicero eine irrige Auslegung giebt (§. 126. Note 122). Der falsche Asconius in divin. 7. p. 108 Orell. nennt freilich die cista; allein dieses kommt gegen die andern Zeugnisse nicht in Betracht.

94) Dass die lex Fufia eine lex iudiciaria war, bezeugen die Schol. Bob. in orat. pro Flacco 6. p. 235 Orell. Also ist das, was Dio Cass. XXXVIII. 8. über den Inhalt dieser lex referirt, nicht auf die Comitien, sondern auf die Gerichte zu beziehen.

95) Cicero ad Quint. fr. II. 6., Ascon. in Scaur. c. 2. p. 30., in Milon. 35. p. 53 Orell.

96) Cicero ad famil. VIII. 8., ad Quint. fr. II. 16.

97) Fragm. l. Servil. c. 12.

98) Fragm. l. Servil. c. 13.

99) Cicero ad famil. VIII. 8., pro Cluent. 27.

100) Man sehe §. 814. Note 192.

nung der Mehrheit hielt[101]). So war es auch unter den Kaisern beim Präfecten der Stadt und bei den Statthaltern, wo nun die Assessoren das consilium bildeten[102]). Im Senate wurde ebenfalls nach der gewöhnlichen Weise accusirt, vertheidigt, die Zeugen und anderen Beweise angehört; dann über die Lossprechung oder Verurtheilung Umfrage gehalten, und eine Meinung zur definitiven Abstimmung gebracht[103]). Nach dem Verfall der alten Quästionen war das Verfahren immer ein ausserordentliches[104]). Doch blieb die alte Grundlage, die Inscription auf die Anklage durch ein Accusationslibell[105]). Eine Ausnahme war bei dem falsum, wo ein Rescript des Antoninus dem Richter auch eine bloss mündliche Anklage anzunehmen gestattete[106]). Diese Ausnahme wurde auch von Constantin bestätigt[107]), gleich darauf aber aufgehoben[108]), dann von Gratian hergestellt[109]), von Justinian aber wieder aufgehoben[110]). Doch blieb in einigen Fällen ohne die Förmlichkeit der Inscription, durch mündliche Deposition zu den Acten[111]), zu accusiren erlaubt, nämlich den Weibern da, wo sie ausnahmsweise zur Anklage zugelassen waren, und

101) Cicero in Verr. II. 1, 29. 30. 2, 29. 30.

102) Apulei. Apolog. p. 377. ed. Oudend., Acta S. Pisonii 20., Acta procons. S. Cypriani 4.

103) Tacit. ann. II. 29. 30. III. 17. 23. 49. 50. 51. 68. 69. IV. 20. 30. XI. 4. XIV. 48. 49. XV. 20., Plinius epist. II. 11. 12. III. 9. IV. 9. V. 20. VI. 13. 29. VII. 6. 10.

104) Fr. 8. D. de publ. iudic. (48. 1), fr. 1. §. 3. D. de poen. (48. 19).

105) Fr. 3. pr. fr. 7. pr. D. de accus. (48. 2), c. 1. C. J. ad SC. Turpill. (9. 45), c. 3. C. J. de his qui accus. (9. 1), c. 5. 9. C. Th. de accus. (9. 1), c. 2. C. J. de exhib. reis (9. 3), c. 16. 17. C. J. de accus. (9. 2).

106) C. 4. §. 1. C. Th. ad l. Cornel. de fals. (9. 19).

107) C. 2. C. Th. ad l. Cornel. de fals. (9. 19).

108) C. 5. C. Th. de accus. (9. 1).

109) C. 4. C. Th. ad l. Cornel. de fals. (9. 19).

110) Dieses ergiebt sich aus der verstümmelten Form, worin die angeführten c. 2. 4. C. Th. ad l. Cornel. de fals. in den Codex aufgenommen sind, c. 22. 23. C. J. ad l. Cornel. de fals. (9. 22).

111) C. 8. C. de accus. (9. 2).

dem Ehemann bei der Anklage auf Ehebruch [112]). Nach der Anklage erliess der Richter den Vorführungsbefehl [113]), und der Commentariensis besorgte denselben durch seine Untergebenen [114]). Dieser introducirte auch den Verklagten beim Gericht [115]), und führte mit seinen Gehülfen die Acten [116]). Zu den Verhandlungen hatte regelmässig noch Jeder Zutritt [117]); doch zog sich der Richter zur Abfassung des Spruches hinter das velum zurück [118]). Die Sentenz wurde niedergeschrieben, von der Tabelle recitirt [119]) und vom Instrumentarius ausgefertigt [120]).

854. Hinsichtlich der Person des Anklägers waren, seitdem die Verfolgung der Verbrechen in die Hände der Bürger selbst gelegt war, mancherlei Bestimmungen nothwendig geworden. Viele waren aus Rücksichten des Alters, Geschlechts, Standes, der mangelnden bürgerlichen Ehre, der Vermögenslosigkeit, von Anklagen ausgeschlossen [121]). Aus Rücksicht der Pietät durften Knechte, die übrigens unter den Kaisern accusiren konnten, gegen ihren Herrn [122]), Freigelassene gegen ihren Patron [123]) bei Capitalstrafe nicht

112) C. 12. C. de his qui accus. (9. 1), c. 30. C. ad l. Iul. de adult. (9. 9).

113) C. 3. C. de exhib. reis (9. 3), c. 7. C. de calumn. (9. 46).

114) Ioan. Lydus de magist. III. 18.

115) Acta S. Claud. 1—5., S. Marcell. 3., S. Crispinae 4.

116) Aster. episc. de martyr. S. Euphemiae 3., Acta S. Pionii 8. 9., S. Crispinae 2.

117) C. 9. C. Th. de off. rector. (1. 16).

118) Basilii M. epist. 79. ad Eustathium, Acta S. Eupli 1. 3.

119) Acta S. Scillitan. 5., S. Pionii 20., S. Cyprian. 4., S. Maximil. 3., S. Agapae 6., S. Eupli 3., S. Crispinae 2.

120) Ioan. Lydus de magistr. III. 19.

121) Cicero pro Cluent. 43., fr. 1. 2. 4. 8. 9. 10. 11. pr. D. de accus. (48. 2), Collat. leg. Mos. IV. 5., c. 5. 8. 9. 12. C. de his qui accus. (9. 1).

122) Plinius paneg. 42., Capitol. Pertin. 9., Paul. sent. rec. V. 13. §. 3., fr. 1. §. 16. D. de quaest. (28. 18), Constantin. edict. de accusat. (Savigny Zeitschr. IX. 60. 74) oder c. un. §. 1. C. Th. ad l. Iul. maiest. (9. 5), c. 2. 3. C. Th. ne praeter crim. maiest. (9. 6), c. 20. C. de his qui accus. (9. 1), c. 6. C. de delat. (10. 11).

123) C. 1. 4. C. Th. ne praeter crim. maiest. (9. 9), c. 21. C. de his qui accus. (9. 1).

Ankläger sein. Doch war überall das Majestätsverbrechen ausgenommen[124]). Ferner wurde man nicht zu gleicher Zeit zu zwei Anklagen[125]), und wenn man selbst verklagt war, nur zu einer schwereren zugelassen[126]). An die glückliche Durchführung einer Anklage wurden aber als einen Dienst für das gemeine Wesen schon unter der Republik beim Verbrechen des ambitus, noch mehr aber später Belohnungen geknüpft[127]). Anderseits suchte man aber auch boshaften Anklagen möglichst entgegen zu wirken. Dahin zielte zunächst der Eid vor calumnia, den der Ankläger schwören musste[128]). Ferner setzte die lex Remmia ungewissen Alters wider die, welche als Calumniatoren in einer peinlichen Anklage befunden worden, Strafen fest[129]), wobei unter anderen ein K auf die Stirne gebrannt wurde[130]). Trajan verordnete statt dessen die Strafe, welche der Verklagte im Falle der Verurtheilung zu erleiden gehabt hätte[131]). Diese wurde nun als eine aus der Subscription der Anklage hervorgehende Verbindlichkeit angesehen[132]). Nach einer falschen Anklage auf Majestätsverbrechen sollte der Ankläger überdies torquirt werden, um seine etwaigen Anstifter anzugeben[133]). Die calumniöse Anklage auf ein

124) Fr. 7. pr. §. 1. 2. D. ad l. Iul. maiest. (48. 4).

125) Fr. 8. 12. §. 2. D. de accus. (48. 2).

126) C. 1. 19. de his qui accus. (9. 1).

127) Tacit. ann. IV. 20. 30., Sueton. Tiber. 61., Dio Cass. LVIII. 14, Ioseph. ant. Iud. XIX. 1,16., c. 5. §. 7. C. ad l. Iul. maiest. (9. 8), c. 2. C. de falsa monet. (9. 24).

128) Fragm. l. Servil. c. 8., Cicero ad famil. VIII. 8. §. 3., Ascon. in Cornel. p. 64 Orell.

129) Cicero pro Rosc. Amer. 19. ibiq. Schol. Gronov. p. 431 Orell., fr. 1. pr. §. 1. 2. D. ad SC. Turpill. (48. 16), fr. 13. D. de testib. (22. 5).

130) Cicero pro Rosc. Amer. 20. ibiq. Schol. Gronov. p. 432 Orell.

131) Plinius paneg. 35. Dioses bestreitet Geib Criminalprocess S. 294. 579., allein ohne hinreichenden Grund.

132) Fr. 7. pr. D. de accus. (48. 2), c. 9. 11. 14. 19. C. Th. de accus. (9. 1), c. 17. C. J. de accus. (9. 2), Symmach. epist. X. 70.

133) Constantin. edict. de accusat. (Klenze in Savigny Zeitschr.

ausserordentliches Verbrechen wurde mit einer ausserordentlichen Strafe geahndet[134]). Doch galt nicht jede unerwiesene Anklage als Calumnie[135]), sondern über diese Frage hatten die Richter besonders zu erkennen[136]). Auch gab es gewisse Anklagen, die von der Gefahr der Strafe ganz frei waren[137]).

855. Mit diesen Bestimmungen stand ein anderer Punkt in naher Verbindung, nämlich dass man eine erhobene Anklage auch bis zum Ende durchzuführen gezwungen war. Der Ankläger musste zu diesem Zwecke Bürgen stellen[138]); ja er wurde, wenn sein Stand ihn nicht schützte, mit dem Verklagten in Haft genommen[139]), und wenn er tergiversirte, das heisst die Anklage eigenmächtig aufgab, so wurde er nach dem unter Nero (814) verfassten[140]) Turpillianischen Senatusconsult gestraft[141]). Man konnte daher regelmässig von einer Anklage nur abkommen, indem man beim Ge-

IX. 56 — 90). Danach sind die c. un. pr. C. Th. ad l. Iul. maiest. (9. 5), c. 3. C. J. eod. (9. 8) zu verbessern.

134) Fr. 3. §. 3. D. ad SC. Turpill. (48. 16), Paul. sent. rec. I. 5. §. 2. V. 3. §. 11.

135) Fr. 1. §. 3—5. D. ad SC. Turpill. (48. 16), c. 3. C. de calumn. (9. 46).

136) Ascon. in Scaurian. in fin. p. 30 Orell., c. 1. C. de calumn. (9. 46). Als publicum iudicium galt aber dieses iudicium calumniae nicht, fr. 43. §. 11. D. de rit. nupt. (23. 2); doch machte es infam, fr. 1. 4. §. 4. D. de his qui not. (3. 2).

137) Fr. 15. §. 2. D. ad SC. Turpill. (48. 16), c. 2. 4. C. de calumn. (9. 46). In einigem Widerspruch stehen Collat. leg. Mos. IV. 4., fr. 37. §. 1. D. de minor. (4. 4) mit fr. 14. §. 3. fr. 30. pr. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5).

138) Fr. 7. §. 1. D. de accus. (48. 2), fr. 3. C. de his qui accus. (9. 1), c. 1. 2. C. ad SC. Turpill. (9. 2).

139) C. 17. C. de accus. (9. 2), c. 2. C. de exhib. reor. (3. 3).

140) Tacit. ann. XIV. 41.

141) Fr. 14. §. 2. D. de bon. libert. (38. 2), fr. 1. §. 1. 7. 9. 10. fr. 7. §. 1. fr. 15. §. 1. D. ad SC. Turpill. (48. 16), c. 1. C. ad SC. Turpill. (9. 45). Ueber die Strafen sehe man fr. 3. §. 3. D. de praevar. (47. 15), c. 3. C. de his qui accus. (9. 1), c. 2. C. ad SC. Turpill. (9. 45).

richt deren Abolition nachsuchte[142]); jedoch durfte diese gewöhnlich nur mit Zustimmung des Verklagten, in gewissen Fällen nicht einmal mit dieser, bewilligt werden[143]). Durch den Tod oder eine Verhinderung des Anklägers hörte aber dessen Verpflichtung auf, und es konnte dann der Angeklagte seinerseits, um nicht immer unter der Last einer Anklage zu leben, auf die Abolition derselben antragen[144]). Auch wurde zuweilen bei freudigen Staatsereignissen eine allgemeine öffentliche Abolition erlassen[145]); zunächst freilich im Interesse des Anklägers, weil diesem demohngeachtet und noch während dreissig Tagen frei stand die Anklage wieder aufzunehmen; dann aber doch nicht mehr[146]). Endlich musste das Recht auch darauf bedacht sein, der Prävarication entgegenzuwirken[147]). Das Turpillianische Senatusconsult setzte darauf dieselbe Strafe wie wegen calumniöser Anklage[148]), und diese Uebereinstimmung blieb in den meisten Punkten auch später[149]).

856. Was die Person des Verklagten betrifft, so konnten Magistrate im Amte aus Rücksicht auf den öffentlichen Dienst nicht in Anklagestand versetzt, sondern die peinliche Verfolgung musste bis zum Ablauf der Magistratur

142) Paul. sent. rec. V. 17. §. 1., fr. 1. §. 8. fr. 10. pr. D. ad SC. Turpill. (48. 16), c. 2. C. de abolit. (9. 42), c. 16. C. ad l. Iul. de adult. (9. 9).

143) Fr. 18. §. 1. 2. D. ad SC. Turpill. (48. 16), c. 2. 3. 4. C. Th. de abolit. (9. 37), c. 3. C. J. de abolit. (9. 42).

144) Fr. 10. pr. D. ad SC. Turpill. (48. 16), fr. 3. §. 4. D. de accus. (48. 2).

145) Fr. 8. 9. 12. 17. D. ad SC. Turpill. (48. 16).

146) Paul. sent. rec. V. 17. §. 2., fr. 7. §. 1. fr. 10. §. 2. fr. 15. §. 6. D. ad SC. Turpill. (48. 16).

147) Fr. 1. §. 1. 6. D. ad SC. Turpill. (48. 16), fr. 1. D. de praevar. (47. 15).

148) Tacit. ann. XIV. 41.

149) Fr. 2. 4. 6. D. de praevar. (47. 15), fr. 1. 4. §. 4. D. de his qui not. (3. 2), fr. 43. §. 11. D. de rit. nupt. (23. 2), fr. 4. D. de accus. (48. 2).

ausgesetzt werden[150]), wenn sie nicht etwa freiwillig die Anklage zuliessen[151]) oder abdicirten[152]), oder dringender Umstände wegen zur Abdication gezwungen wurden[153]). Knechte wurden nach einem Senatusconsult vom Jahre 773 in den gemeinen Formen[154]) mit Inscription accusirt[155]). Das Auftreten in Person war in der Regel sowohl zur Vertheidigung als zur Anklage unerlässlich[156]). In Haft genommen wurde der Verklagte früher nur bei schreiender und augenscheinlicher[157]) oder bei geständiger Schuld[158]); gewöhnlich genügte Bürgschaft[159]) oder Gewahrsam ohne Bande im Hause einer Magistratsperson[160]). Später trat aber durch den Vorführungsbefehl regelmässig persönlicher Gewahrsam ein[161]); nur musste der abgesandte Häscher dem Verklagten, wenn dieser wollte, mindestens dreissig Tage, während welcher er in milder Haft gehalten wurde, zum Ordnen seiner Angelegenheiten Zeit lassen[162]). Bei schweren offenbaren Verbrechen konnten die Ortsbe-

---

150) Dionys. X. 39. 50., Fragm. l. Servil. c. 3., Cicero de finib. II. 16., Dio Cass. LV. 10., Tacit. ann. XIII. 44., fr. 12. pr. D. de accus. (48. 2), fr. 38. §. 10. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5). Der Fall bei Valer. Max. VI. 1,7. war etwas Ausserordentliches.

151) Livius XLIII. 16.

152) Livius IX. 26., Dio Cass. LVII. 21.

153) Cicero in Catil. III. 6., Dio Cass. LIX. 23. LX. 15.

154) Fr. 12. §. 3. 4. D. de accus. (48. 2).

155) C. 14. C. de accus. (9. 1), c. 2. 13. C. J. de accus. (9. 2).

156) Paul. sent. rec. V. 16. §. 11., fr. 13. §. 1. D. de publ. iudic. (48. 1), fr. 1. D. an per alium (49. 9), c. 3. C. de accus. (9. 2). Eine Ausnahme machte noch c. 11. C. de iniur. (9. 35), §. 10. J. de iniur. (4. 4).

157) Livius XXIX. 19. XXXIX. 17., Valer. Max. VI. 1,10., Cicero in Catil. II. 12., Sueton. Nero 26.

158) Cicero ad Att. II. 24.

159) Festus v. vades, Fragm. l. Servil. c. 11. Man sehe auch Note 13.

160) Custodia libera, Livius XXIV. 45., Sallust Catil. 47., Tacit. ann. VI. 3., Dio Cass. LVIII. 3., Acta procons. S. Cyprian. 2.

161) Die Ausnahme zeigt c. 1. C. Th. de exhib. reis (9. 2).

162) C. 3. 6. C. Th. de exhib. reis (9. 2), c. 2. C. J. eod. (9. 3).

hörden auch ohne Vorführungsbefehl den vor sie gebrachten Thäter festhalten, mussten ihn aber unverzüglich mit den Anklägern und mit ihrem Bericht dem Statthalter zuschicken[163]). Der Gewahrsam geschah nach dem Ermessen des Statthalters auf dreifache Art: durch Uebergabe an Bürgen, durch militärische Bewachung und durch Einkerkerung[164]). Die militärische Bewachung konnte gelind[165]), aber auch sehr streng sein[166]). Zuweilen wurden statt der Soldaten die öffentlichen Knechte der Stadt dazu gebraucht[167]). Gefesselt wurde der Verklagte im Kerker nicht[168]), ausser bei schweren Verbrechen und auch dann mit menschlichen Rücksichten[169]). Gegen Geständige und Verurtheilte wurde natürlich schonungsloser verfahren[170]).

857. Die Aufsicht über den Kerker hatten in Rom die Dreimänner für Capitalsachen mit ihren untergebenen Knechten[171]). In den Provinzen das Officium des Prätors, und es wurden über die Einkerkerung genaue Verzeichnisse geführt[172]). Später stand der Kerker unter dem Commentariensis, dem dazu die Häscher und Schliesser untergeben waren[173]). Er hatte monatlich über die Gefangenen zu berichten und für die Befolgung der verhältnissmässig

---

163) Fr. 6. D. de custod. reor. (48. 3), c. 5. C. Th. de exhib. reis (9. 2), c. 7. C. de defens. (1. 55), Acta S. Iacob. 4. 5. 9., S. Claud. 1., S. Felic. 3., S. Didym. 1.

164) Fr. 1. 2. pr. fr. 3. 4. D. de custod. reor. (48. 3).

165) Acta Apost. XXVIII. 16.

166) S. Ignat. ad Roman. 5., Seneca de tranquill. I. 10., Symmach. epist. X. 70.

167) Plinius epist. X. 30. 31.

168) C. 2. C. de exhib. reis (9. 3).

169) Acta S. Felic. 4., c. 1. C. de custod. reor. (9. 4).

170) Fr. 5. D. de custod. reor. (48. 3), fr. 4. pr. D. ad l. Iul. maiest. (48. 4), fr. 6. §. 7. D. de iniusto (28. 3), c. 2. C. de exhib. reis (9. 3).

171) Fr. 2. §. 30. D. de orig. iur. (1. 2), Livius XXXII. 26., Valer. Max. V. 4. 7.

172) Cicero in Verr. V. 57.

173) C. 5. §. 1. C. Th. de iis quae admin. (8. 15), Ioan. Lydus III. 8.

milden Kerkerordnung zu sorgen[174]. Doch mussten zur Aufsicht auch Bischöfe herangezogen werden[175].

858. Das Urtheil wurde, wenn keine Rechtsmittel ergriffen oder zulässig waren, sehr schnell exequirt[176]; nur bei Todesurtheilen des Senats musste zehn Tage[177], und bei schweren vom Kaiser selbst ausgesprochenen Strafsentenzen dreissig Tage gewartet werden[178]. Die Execution besorgten in der alten Zeit die Quästoren des Parricidiums[179], dann die Dreimänner mit ihren Henkersknechten[180], in illustren Fällen ein Quästor, Tribun, Prätor oder gar ein Consul in alterthümlichen Formen[181]; später der Präfect der Wachtsoldaten oder der Prätor des Volks[182]. Auswärts wurde dazu vom Präses ein Centurio commandirt[183]; später gehörte es zum Amte des Commentariensis[184]. Die Hinrichtung selbst vollzog bei der Enthauptung ein Lictor[185], bei den schmählicheren Todesarten der Henker, der aber nach den censorischen Gesetzen nicht in der Stadt wohnen durfte[186]. Später brauchte man zu diesem Dienste eine Militärperson, den Speculator[187]. Der Ort der öffentlichen Hinrichtungen war vor den Thoren[188],

---

174) C. 4. 5. C. de custod. reor. (9. 4), c. 9. C. de episc. aud. (1. 4).

175) C. 9. 22. C. de episc. aud. (1. 4).

176) C. 5. C. de custod. reor. (9. 4).

177) Dio Cass. LVII. 20., Sueton. Tiber. 75., Tacit. ann. III. 51.

178) C. 20. C. de poen. (9. 47).

179) Dionys. VIII. 78.

180) Fr. 2. §. 30. D. de orig. iur. (1. 2), Valer. Max. V. 4, 7. VIII. 4, 2., Sallust. Catil. 55., Tacit. ann. V. 9.

181) Livius II. 5. VI. 20., Dio Cass. LVIII. 3. 4. 15. LX. 18., Tacit. ann. II. 32.

182) Nov. Iust. 13. c. 6. pr.

183) Ev. Marc. XV. 39. 44. 45., Passio S. Cyprian. 18.

184) Acta S. Pionii 21., S. Claud. 3.

185) Livius II. 5., Cicero in Verr. V. 45.

186) Cicero pro Rabir. 4. 5., Cicero in Verr. V. 6., Lactant. divin. inst. IV. 26.

187) Ev. Marc. VI. 27., Seneca de ira I. 16., Dio Cass. LXXVIII. 14., Acta procons. S. Cyprian. 5., Acta S. Claud. 3. 5.

188) Livius VIII. 15., Tacit. ann. II. 32., Plutarch. Galba 28.

an einem eigends dazu bestimmten Platze, welcher Eigenthum der Stadt war [189]). Der Leichnam wurde den Thieren zur Speise gelassen oder schmachvoll ins Wasser geschleift [190]), später aber doch gewöhnlich den Angehörigen auf ihr Begehren zur Beerdigung ausgeliefert [191]). Die kleinen Habseligkeiten, die der Hingerichtete bei sich hatte [192]), fielen in eine eigene Kasse beim Präses [192]). Gieng das Urtheil auf eine Vermögensstrafe, so musste der Schuldige dem Aerarium Bürgen stellen oder in die Haft gehen [193]), und wenn keine Zahlung erfolgte, so wurden die Quästoren in das sämmtliche Vermögen eingewiesen [194]). In diesen und anderen Fällen, wo das Vermögen eines Verurtheilten von Staatswegen verkauft wurde, kamen die Grundsätze der sectio zur Anwendung [195]).

859. Rechtshülfe hatte der Verklagte durch das Recht der Provocation an das Volk, soweit dieses zulässig war [196]), und durch die Appellation an die Tribunen [197]). Diese konnten selbst gleich anfangs gegen die Anklage oder den Strafantrag angerufen werden [198]). Sie fertigten darüber nach der Berathung in ihrem Collegium nach der Stimmenmehrheit ein förmliches Decret aus [199]). Von den Quästionen als vom Volke bestellten und dasselbe vertretenden Commissionen konnte nicht noch an das Volk provocirt werden [200]). Mit der Kaiserregierung kamen die Appella-

189) Frontinus de controv. agror. p. 55.

190) Cicero in Verr. V. 45., Valer. Max. VI. 3, 3., Dio Cass. LVIII. 1. 5. LX. 35., Sueton. Tiber. 61., Acta S. Claud. 3. 4. 5.

191) Fr. 1. 2. 3. D. de cadav. punit. (48. 24).

192) Pannicularia, fr. 6. D. de bon. damnat. (48. 20).

193) Livius XXXVIII. 58. 60., Gellius VII. 19.

194) Livius XXXVIII. 60., Lex (Acilia repetund.) lin. 8. 9 (Haubold monum. p. 75), Fragm. I. Servil. c. 17. 19. 20., Tacit ann. XIII. 28.

195) Man sehe §. 757.

196) Man sehe §. 831.

197) Livius XXXVIII. 58. 60.

198) Livius XXVI. 3., Cicero in Vatin. 14.

199) Zonaras VII. 15., Gellius VII. 19., Livius XXVI. 3. XXXVIII. 60.

200) Scheinbar entgegen ist nur Cicero Philipp. I. 9. Man sehe

tionen an den Princeps auf[201]). Endlich wurden ganz regelmässig Appellationen an die höhere Behörde[202]), und zwar unter denselben Bedingungen und Formen wie im Civilprocess zugelassen[203]). Selbst jeder Dritte konnte für den Verurtheilten appelliren[204]). Doch gab es gewisse schwere Verbrechen, wo bei klarem Geständnisse oder einhelligem Beweise kein Aufschub der Strafe durch Appellation gestattet war[205]). Eine Aufhebung der Strafe aus Gnade findet sich zur Zeit der Republik in der Zurückberufung aus dem Exil durch einen Volksschluss[206]); vielleicht war auch der Gerichtshof, der das Urtheil gesprochen hatte, dazu befugt[207]). Unter den Kaisern kommt zweierlei vor[208]): die vom Kaiser für einen einzelnen Fall oder für eine ganze Gattung von Vergehen verliehenen Indulgenzen, wodurch in einer bereits abgeurtheilten Sache die Strafe erlassen oder in einer noch schwebenden Sache die Untersuchung niedergeschlagen[209]); dann die Restitution, wodurch das Verbrechen und Strafurtheil getilgt und

aber darüber Geib Criminalprocess S. 387—391., Eisenlohr Provocatio S. 30.

201) Man sehe §. 352. 841.

202) C. 20. 57. 58. 61. C. Th. de appell. (11. 30), c. 29. C. eod. (7. 62).

203) C. 6. §. 3. c. 12. C. de appell. (7. 62), c. 7. C. quor. appell. (7. 65).

204) Fr. 6. D. de appell. (49. 1), fr. 2. §. 1. 3. D. quando appell. (49. 4).

205) Fr. 16. D. de appell. (49. 1). — C. 1. 4. 7. 31. 33. C. Th. quor. appell. (11. 36), c. 15. C. Th. de poen. (9. 40), c. 1. C. Th. ad l. Iul. de vi (9. 10), c. 1. §. 3. C. Th. de rapt. (9. 24). — C. 2. C. J. quor. appell. (7. 65), n. 6. C. ad l. Iul. de vi (9. 12), c. 1. pr. C. de rapt. virg. (9. 13).

206) Livius V. 46. So namentlich bei Cicero, Plutarch. Cicero 33., Dio Cass. XXXIX. 8.

207) Valer. Max. V. 4. 7.

208) Man sehe Plochmann Das Begnadigungsrecht (Erlangen 1845) §. 8.

209) C. 9. C. ad l. Cornel. de fals. (9. 22), c. 2. 5. 7. 9. C. de sentent. pass. (9. 51), c. 3. C. de gener. abolit. (9. 43), tit. C. Th. de indulgent. crimin. (9. 38).

der Begnadigte ganz in seinen vorigen Stand zurückversetzt wurde [210]). Ein schöner Zug der Gnade war in der alten Religion, dass in Zeiten der Noth, wo man die Hülfe der Götter durch Opfer und Supplicationen erflehte, die Gefesselten von ihren Banden gelöst und nachher nicht wieder gefesselt wurden [211]). In demselben Geiste wurden unter den christlichen Kaisern am Pascha, dem grossen Freudentag des Christenthums, diejenigen, welche wegen leichterer Vergehen gefangen waren, in Freiheit gesetzt [212]).

860. Durch das bisher beschriebene accusatorische Verfahren wurde übrigens nicht ausgeschlossen, dass die Staatsgewalt auch auf andere Weise für die Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen thätig war. Dieses zeigt sich schon in der alten Zeit in den ausserordentlichen Fällen, wo im Auftrage des Volkes oder Senates auf die Theilnehmer an einem zur Anzeige gekommenen Verbrechen inquirirt wurde. Hier nahm daher das Verfahren einen durchaus inquisitorischen Character an. Es wurden den Angebern Belohnungen versprochen [213]), auf scheinbare Angaben Verhaftungen vorgenommen, Vorladungen erlassen, Verhöre angestellt und verurtheilt [214]). Ein Gleiches stand in der Provinz dem Statthalter gegen böse der gemeinen Sicherheit gefährliche Menschen zu [215]), und hiezu mussten im Orient besonders die Irenarchen mitwirken [216]). Aus

---

210) Fr. 27. pr. D. de poen. (48. 19), c. 1. C. de sentent. pass. (9. 51), fr. 1. D. de sentent. pass. (48. 23).

211) Livius V. 14.

212) C. 3. 4. 6. 7. 8. C. Th. de indulg. crimin. (9. 38), c. 3. C. J. de episc. audient. (1. 4).

213) Livius XXXIX. 14. 17., Dio Cass. LV. 27.

214) Livius VIII. 18. XXXII. 26. XXXIX. 14. 17. 18. 29. 41. XL. 43.

215) Fr. 3. 13. D. de off. praesid. (1. 18), fr. 4. §. 2. D. ad l. Iul. pecul. (48. 13), fr. 6. §. 1. D. de custod. reor. (48. 3), fr. 22. D. de quaest. (48. 18).

216) Fr. 6. pr. D. de custod. reor. (48. 3), Epist. eccles. Smyrn. de martyrio S. Polycarpi 6., Acta S. Tryphon. 1. Man vergleiche §. 314.

diesem Gesichtspunkt wurde insbesondere gegen die Christen verfahren[217]). Mit jener Richtung hängen auch die Bestimmungen über die indices und quadruplatores zusammen. Unter Ersteren verstand man insbesondere die Mitschuldigen, welche von dem Vorhaben die Anzeige machten; denen dann bei gewissen Verbrechen Straflosigkeit zugesichert war[218]). Die Quadruplatoren aber bezogen sich, so viel man erkennen kann, darauf, dass den Angebern in gewissen Fällen Belohnungen aus dem Vermögen des Verurtheilten versprochen waren[219]). In der späteren Kaiserzeit wurde es aber überhaupt Grundsatz, dass die Verbrechen auch von dem officium[220]), und von den im Reiche umher stationirten Polizeiagenten[221]) denuntiirt werden konnten. Die Förmlichkeit der Inscription war hier nicht nothwendig[222]); doch aber mussten die Angeber ihre Angaben vertreten[223]).

861. Endlich bleibt noch nach dem peinlichen Verfahren dasjenige, welches zu den geringeren Vergehen gebraucht wurde, zu betrachten. Züchtigungen und Brüchten, welche ein Magistrat zur Handhabung seiner Autorität nöthig fand, wurden ohne alle Procedur dictirt, und die Brüchten gleich durch Pfändung exequirt[224]). Das Geld fiel un-

---

217) Acta S. Iustin. 1—5., S. Pionii 3. 10., S. Tryphon. 1., S. Cyprian. 1. 2. 3., S. Iacob. 2., S. Saturnin. 2., Plinius epist. X. 97. 98.

218) (Ascon) in divin. 11. p. 114 Orell.

219) (Ascon) in divin. 7. in Verr. II. 7. p. 110. 208., Festus v. quadruplatores. Das Genaue ist nicht zu ermitteln. Man sehe Geib Criminalprocess S. 104—107. 257. 533.

220) C. 7. C. de accus. (9. 2), c. un. C. de mulier. (9. 11).

221) Curiosi, Stationarii, Liban. in Iulian. imp. necem p. 294. 295. ed. Morell., S. August. epist. 159. 160., c. 31. C. Th. de episc. (16. 2). Man vergleiche über sie §. 364. Note 57. 65.

222) C. 7. C. de accus. (9. 2), c. 1. init. C. de custod. reor. (9. 4), c. 61. C. Th. de appell. (11. 30). Doch konnte förmlich accusirt werden, Symmach. epist. X. 70.

223) Fr. 6. §. 3. D. ad SC. Turpill. (48. 16), c. 1. C. de curios. (12. 23).

224) Lex Quinctia de aquaeduct. (Haubold monum. p. 175. 176).

streitig in den Opferschatz[225]). Brüchten, welche in den Gesetzen ausdrücklich auf eine Handlung gedroht waren, wurden beim Prätor eingeklagt und darüber Recuperatoren gegeben[226]). Die Beitreibung geschah auch durch Pfändung[227]) oder nöthigenfalls durch Einweisung ins Vermögen[228]) für das Aerarium oder den Opferschatz[229]). In den Provinzen erhielt der präses die allgemeine Anweisung, die leichten Vergehen kurzweg zu untersuchen und zu züchtigen[230]). Um so mehr wurde in den geringfügigen Sachen, die vor die Magistrate oder die Defensoren gehörten, ohne die Förmlichkeit der Inscription accusirt[231]).

---

225) Daher das multae sacramentum bei Cicero de re publ. II. 35., wobei aber nicht, wie Viele meinen, an die legis actio zu denken ist.

226) Lex (Acilia repet.) lin. 7. 8 (Haubold p. 75), Lex de magistr. aquar. (Haubold p. 178).

227) Lex Quinctia de aquaeduct. (Haubold p. 175).

228) Lex (Acilia repet.) lin. 9 (Haubold p. 75).

229) Fragm. plebisc. antiq. lin. 5. 6 (Haubold p. 83).

230) Fr. 6. D. de accus. (48. 2), fr. 9. §. 3. D. de off. procons. (1. 16), fr. 8. §. 10. D. ad SC. Turpill. (48. 18).

231) C. 8. C. Th. de iurisd. (2. 1), c. 1. C. de abig. (9. 37).

Register.

Die Ziffern gehen auf die Paragraphen.

Die §§. 1—423. fallen in den ersten, die §§. 424—861. in den zweiten Theil.

A.

B.

C.

D.

G.

H.

J.

K.

L.

M.

N.

O.

P.

Q.

R.

T.

U.